

UiO • Det juridiske fakultet

Finansinstitusjonenes frarådingsplikt.

Konsekvenser av manglende fraråding ved prisfall på
fast eiendom.

Kandidatnummer: 594.

Leveringsfrist: 25.11.2013.

Antall ord: 14388.



Innholdsfortegnelse

1	BAKGRUNNEN FOR OPPGAVEN.....	1
1.1	Problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning.....	1
2	RETTSKILDER.....	1
2.1	Forarbeidene.....	1
2.2	Finansklagenemnda Bank.....	2
2.3	Finanstilsynet.....	3
3	HVA ER FRARÅDINGSPLIKT?.....	4
4	EN KODIFISERING AV ELDRE RETT?	5
4.1	Lojalitetsplikt i kontraktsforhold.....	5
4.2	Avtaleloven § 36.....	7
4.3	Avtaleloven § 30 og § 33.....	9
4.4	Konklusjon.....	10
5	VILKÅR FOR AT FINANSINSTITUSJONER SKAL VÆRE PÅLAGT FRARÅDINGSPLIKT.	11
5.1	I hvilke tilfeller må finansinstitusjonen anta at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen?.....	12
5.1.1	Negativ økonomisk utvikling.....	13
5.1.2	Gjeldsgrad.....	15
5.1.3	Arbeidssituasjon.....	16
5.1.4	Renteendringer.....	17
5.1.5	Styrket forbrukervern?	18
5.1.6	Oppsummering	20
5.2	Må finansinstitusjonen ta hensyn til boligprisutviklingen?	20

5.2.1	Nedre grense for boligprisfall?	23
5.2.2	Krav til høy belåningsgrad?	23
5.3	Partene.	23
5.3.1	Forbrukerbegrepet.	24
5.3.2	Pliktsubjektene.	25
5.3.3	Hvem svarer finansinstitusjonen for?	25
5.4	Krav til finansinstitusjonens grunnlag for å vurdere fraråding.	29
5.4.1	Foreligger det en plikt til innhenting av informasjon?	29
5.4.2	Hvor mye informasjon må finansinstitusjonen ha?	31
5.4.3	Hvilke deler av informasjonen må vektlegges?	33
5.4.4	Informasjonens troverdighet.	33
5.5	Kravet til frarådingens utforming.	34
5.6	Oppsummering	35
6	VIRKNINGER I TILFELLER FINANSINSTITUSJONEN IKKE HAR FRARÅDET KREDITTAVTALEN DER VILKÅRENE VAR OPPFYLT.	36
6.1	Finansavtaleloven § 47 tredje ledd.	36
6.1.1	Årsakssammenheng.	36
6.1.2	Hvordan kan lempning skje?	38
6.1.3	Partenes klanderverdighet.	39
6.1.4	Frarådingens form.	41
6.3	I hvilke tilfeller vil finansinstitusjonene komme i ansvar for manglende fraråding ved fall i boligprisene?	41
6.3.1	Forbrukerens egne forhold.	42
6.3.2	Forhold på finansinstitusjonens side.	42
6.3.3	Egenkapitalkrav.	43
6.4	Konklusjon.	44
6.5	Virkningen av påberopt brudd på frarådingsplikt ved tvangssalg.	44
6.6	Kan uteblitt fraråding føre til erstatning ut over lempningsregelen?	48
6.6.1	Erstatning i kontraktsforhold.	48

6.6.2	Ansvarsgrunnlag.....	49
6.6.3	Adekvat årsakssammenheng.	50
6.6.4	Låntakers klanderverdighet.	51
6.6.5	Utvidende tolkning?	51
6.6.6	Konklusjon.	51
7	AVSLUTTENDE KOMMENTARER.....	52
7.1	Hvordan frarådingsplikten fungerer i praksis - er den en ansvarsfraskrivelse?	52
7.2	Oppfyller finansavtaleloven § 47 alle sine formål?.....	54
7.3	Forhold som kan gjøre frarådingsplikten mer effektiv.	55
7.3.1	Offentlig gjeldsregister.	55
7.3.2	Bør det være klarere krav til frarådingens utforming?	56
7.4	Er andre virkemidler mer egnet?	57
7.4.1	Forslag fra EU-kommisjonen.	57
8	KILDEHENVISNINGER.....	59

1 Bakgrunnen for oppgaven.

1.1 Problemstilling.

Jeg vil i denne oppgaven forsøke å besvare hva som kan bli virkningene etter finansavtaleloven¹ § 47 dersom husholdningenes verdier i fast eiendom faller mye på kort tid. Hvilke vilkår må foreligge for at forbrukeren skal kunne påberope seg lempning² etter bestemmelsen grunnet manglende fraråding ved boligprisfall? Der vilkårene er oppfylt, hvilke konsekvenser vil dette kunne få for finansinstitusjonene?

1.2 Avgrensning.

Finansavtaleloven § 47 gjelder for alle kreditter mellom finansinstitusjoner og forbrukere³. Problemstillingen er hva som kan bli konsekvensene ved et raskt prisfall i verdiene av fast eiendom og hvilke vilkår som må foreligge. Oppgaven vil derfor i hovedsak være begrenset til boliglån. Reglene omkring frarådingsplikt i forhold til kausjonister vil ikke bli behandlet.⁴

2 Rettskilder

2.1 Forarbeidene.

Det var stor uenighet hvorvidt det skulle vedtas en egen plikt til å fraråde i forbindelse med finansavtalelovens tilblivelse. Et mindretall i Banklovkommisjonen øns-

¹ Lov av 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

² Se finansavtaleloven § 47 tredje ledd.

³ Se finansavtaleloven § 44 første ledd.

⁴ Se finansavtaleloven § 60.

ket en egen plikt for finansinstitusjonene til å fraråde.⁵ Justisdepartementet var enig med kommisjonens flertall og ønsket ikke en frarådingsplikt.⁶ Stortingets Justiskomiteé stemte til slutt for mindretallets forslag.⁷ Det er derfor mindretallets vurdering av finansavtaleloven § 47 som er det sentrale. Flertallets merknader vil kunne komme inn der det ikke er uenighet om kommisjonens synspunkter.

2.2 Finansklagenemnda Bank.

Finansklagenemnda Bank (FinKN Bank), tidligere kaldt Bankklagenemnda (BKN) - sine avgjørelser er ikke bindende for finansinstitusjonene. Imidlertid retter finansinstitusjonene seg normalt etter deres beslutninger.⁸ Deres avgjørelser vil dermed ha betydning for forbrukere i praksis.

Det er fremsatt forslag om at forbrukere som vinner i Finanskklagenemnda Bank skal få dekket saksomkostninger ved den videre behandling i domstolene. Høringsinstansene og Finansdepartementet har gått inn for en slik lovregel.⁹ Dersom dette blir vedtatt er det ikke utenkelig at saksomfanget for de alminnelige domstolene vil øke i omfang.

På bakgrunn av at Finanskklagenemnda Bank ikke har noen selvstendig rettskildeværdi, vil deres avgjørelser kun komme inn for å støtte ulike tolkningsmomenter samt i vurderingen av frarådingspliktens betydning i praksis.

⁵ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-56.

⁶ Ot. Prp. Nr. 41 (1998-1999) side 55-56.

⁷ Innst. O. nr. 84 (1999-1998) pkt. 9.4.

⁸ Finanskklagenemnda Bank sine hjemmesider under fanen «bank».

⁹ Prop. 188 L (2012-2013).

2.3 Finanstilsynet.

I Finanstilsynets strategier har tilsynet som hovedformål å sørge for finansiell stabilitet og velfungerende markeder.¹⁰ Deres mandat følger av finanstilsynsloven¹¹ § 2. Tilsynet får delegert omfattende myndighet av Finansdepartementet. Videre utformer tilsynet rundskriv som finansinstitusjonene skal følge. Disse rundskrivene gir en pekepinn på hvordan finansinstitusjonenes utlånspraksis bør være.

Finanstilsynet fører også kontroll med finansinstitusjonenes virksomhet gjennom såkalte "foreløpige inspeksjonsrapporter" og "endelige inspeksjonsmerknader". Gjennom denne kontrollen sørger de for kunnskap som danner et viktig fremtidig grunnlag for styring av finanssektoren. Den fungerer også som et ekstra ris bak speilet til finansinstitusjonene og kan derfor ha en preventiv effekt.

Finanstilsynet og finansavtalen § 47 skal imidlertid ikke ivareta de samme hensyn og formål. Formålet bak frarådingsplikten er å unngå at forbrukere får lån de ikke makter å betjene. Bestemmelsen er gitt av hensyn til den enkelte forbruker.¹² Det overordnede formål Finanstilsynet skal ivareta, er ikke relevant for plikten til å fraråde da denne plikten skal fastsettes konkret. Finanstilsynet danner retningslinjer for finansinstitusjonenes utlånspraksis generelt. De omhandler hvorvidt det skal gis lån eller ikke. Frarådingsplikten inntreffer i tilfeller der det gis lån, men der finansinstitusjonen samtidig skal fraråde forbrukeren kredittavtalen av hensyn til forbrukeren.

¹⁰ Finanstilsynet "Strategi" 2010-2014 side 4.

¹¹ Lov av 7. desember 1956 om tilsyn med finansinstitusjoner nr. 1.

¹² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

Brudd på Finanstilsynets retningslinjer vil kunne ha betydning for om vilkårene til å fraråde er til stede. Disse vilkårene beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering.¹³ Dersom finansinstitusjonen bryter flere av retningslinjene vil det kunne være et moment som kan tale for at finansinstitusjonen hadde plikt til å fraråde. Forbrukere vil kunne påberope seg slike brudd til støtte for at finansinstitusjonene burde frarådet kredittavtalen.

Hvor grov overtredelsen er, vil ha betydning for lempningsregelen i § 47 tredje ledd.¹⁴ Retningslinjene kan derfor ha innvirkning på vurderingen av hvilke virkninger et brudd på plikten til å fraråde skal gi. Motsatt vil det at finansinstitusjonen har fulgt retningslinjene kunne påberopes av finansinstitusjonene som momenter for at de ikke burde frarådet låntaker å inngå kredittavtalen.

Finanstilsynet har ingen selvstendig rettskildeverdi men deres retningslinjer og arbeid vil kunne komme inn som momenter i den skjønnsmessige vurderingen av finansavtaleloven § 47.

3 Hva er frarådingsplikt?

Frarådingsplikt er en plikt for en part i et kontraktsforhold til å fraråde en avtale eller et avtalevilkår av hensyn til medkontrahenten. En slik plikt er først og fremst praktisk i forbrukerforhold. Lovgiver har ansett det nødvendig av hensyn til forbrukeren å pålegge en næringsdrivende å fraråde avtaler der visse vilkår foreligger. For å effektivisere plikten kan det være angitt ulike konsekvenser som kan inntreffe der den næringsdrivende ikke har etterlevd kravet til å fraråde.

¹³ Se finansavtaleloven § 47 første ledd.

¹⁴ NOU 1994: 19 finansavtaler og finansoppdrag side 56.

Finansavtaleloven § 47 pålegger finansinstitusjonen å fraråde en avtale av hensyn til forbruker. Der vilkårene for fraråding er til stede¹⁵ uten at det er frarådet, vil gjeldsforpliktelsen forbrukeren har inngått kunne lempes etter bestemmelsens tredje ledd.

4 En kodifisering av eldre rett?

En samlet Banklovkommisjon¹⁶ uttaler at frarådingsplikten er en kodifisering av det som allerede følger av ulovfestede regler om lojalitetsplikt i kontraktsforhold og avtaleloven¹⁷ § 30, § 33 og § 36.¹⁸ Etter uttalelsene i forarbeidene vil fastsettelsen av pliktens terskel og dens virkninger bety en analyse av disse rettskildene. For at noe skal kodifisere noe annet må det imidlertid ha klare likhetstrekk. Dersom kodifiseringen i realiteten innebærer en nyskapning, er det ikke lenger tale om en kodifisering.

Er frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 tilstrekkelig lik til at den kan sies å kodifisere reglene i avtaleloven og det ulovfestede kravet om lojalitetsplikt i kontraktsforhold?

4.1 Lojalitetsplikt i kontraktsforhold.

Hovedregelen i kontraktsretten og avtaleretten for øvrig er at avtaler skal holdes etter sitt innhold. Dette følger også av internasjonal rett, blant annet gjennom UNIDROIT.¹⁹

¹⁵ Se finansavtaleloven § 47 første ledd.

¹⁶ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag kapittel 8.2.

¹⁷ Lov av 31. mai 1918 nr 4.

¹⁸ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

¹⁹ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010 art 1.3.

Ut fra denne hovedregelen er det også et prinsipp i kontraktsretten at parter under et kontraktsforhold har plikt til å utøve et minstekrav av lojalitet overfor hverandre. Denne plikten angir en minstestandard for lojal opptreden mellom partene som tilsier at de skal opptre i samsvar med redelighet og god tro, og ikke i urimelig grad undergrave den annen parts interesser i kontrakten.

I en dom i Høyesterett²⁰ er plikten uttrykt som å stille «krav til aktsom og lojal opptreden». Det uttales videre at plikten gjelder både ved stiftelsen og så lenge forpliktelsen består.

Lojalitetsplikten er kodifisert gjennom rettslige standarder, eksempelvis kravet til god markedsføringsskikk etter markedsføringsloven²¹ § 2 første ledd. Den fungerer dermed som bakgrunnsrett ved blant annet markedsreguleringer.

Kravet til lojalitetsplikt er strengere i kontraktsforhold mellom forbrukere og næringsdrivende. I en dom fra 1959²² fastsatte Høyesterett på bakgrunn av avtaleloven § 33, at det kunne bli tale om å kjenne en avtale ugyldig dersom det for selgeren var «åpenbart» at kjøperen ikke var i stand til å gjennomføre sin del av avtalen. Det var krav om at det for kjøper var et «håpløst foretagende». Det ble vektlagt at selgeren var erfaren og at kjøper var uerfaren.

Frem til 1999 hadde det ifølge en annen dom i Høyesterett²³ skjedd en utvikling i retning av sterkere forbrukervern og at frarådingsplikten var mer omfattende i 1999 enn i 1959.

²⁰ RT 1988 side 1078 på side 1084.

²¹ Lov av 9. januar 2009 nr 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv.

²² RT 1959 side 1048.

²³ RT 2003 side 1252 premiss 29.

Finansavtaleloven § 47 pålegger finansinstitusjonen en plikt for banken av hensyn til forbrukeren. Lojalitetsplikten innebærer ikke en plikt til å fraråde inngåelse av en gyldig kontrakt med rimelige vilkår overfor den annen part. Selv om lojalitetsplikten i forholdet mellom forbrukere og næringsdrivende er strengere for den profesjonelle part, vil det bære for langt å si at frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 er en kodifisering av lojalitetsplikten i et kontraktsforhold. En plikt til aktivt å fraråde en avtale av hensyn til motparten kan ikke utledes av et alminnelig krav til lojal oppførsel. Lojalitetsplikten er først og fremst en plikt til ikke å opptre illojalt. Finansinstitusjonen har normalt opptrådt lojalt så lenge den har informert forbrukeren tilstrekkelig om kredittavtalens innhold og ikke foretatt andre disposisjoner av illojal karakter.

Frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 er ikke tilstrekkelig lik lojalitetsplikten i kontraktsforhold til å anses for å være en kodifisering av den.

4.2 Avtaleloven § 36.

Avtaleloven § 36 er en generalklausul for lempning av avtaler på formuerettens område. Der en avtale er urimelig eller der det strider med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende, vil avtalen kunne helt eller delvis settes til side²⁴.

Frarådingsplikten inntreffer normalt under alminnelige avtalevilkår. Rentesatser og lånekostnader ved boliglån behøver ikke være urimelige eller av ekstraordinær karakter. Finansavtaleloven § 47 er gitt av hensyn til forbrukerens økonomi og for å unngå at forbrukere får lån de ikke makter å betjene²⁵, ikke av hensyn til å unngå urimelige avtalevilkår.

²⁴ Se avtaleloven § 36 første ledd.

²⁵ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

Avtaleloven § 36 er kun en unntaksregel for spesielle tilfeller. Høyesterett har uttalt at bestemmelsen er en sikkerhetsventil.²⁶ De har videre beskrevet avtaleloven § 36 med at den «er forutsatt brukt med varsomhet».²⁷ Etter rettspraksis skal det mye til å få dom for brudd på denne bestemmelsen. At finansinstitusjonen pliktet å fraråde låneopptaket betyr dermed ikke at avtaleloven § 36 er overtrådt.

Vilkårene og vurderingsmomentene i bestemmelsene er ikke sammenfallende. Dette er påpekt av Høyesterett i en dom fra 2003²⁸ i premiss 39, der det uttales: «Ved avtalelova §36 vil det kunne kome inn fleire omstende enn etter reglande om frarådningsplikt». Omstendigheter som ikke behøver å være relevante for frarådningsplikten kan innebære lempning av avtalen etter avtaleloven § 36.

Virkningene av brudd på finansavtaleloven § 47 og avtaleloven § 36 er ulike. Etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd kan de økonomiske forpliktelsene etter avtalen lempes etter en skjønnsmessig rimelighetsvurdering der det ses hen til forbrukerens økonomiske evne og andre forhold. Det er først og fremst de økonomiske forpliktelsene og vilkårene som er relevante momenter. Ved avtaleloven § 36 kan avtalen endres eller settes til side og det er ingen begrensninger i hvilken del av avtalen som kan endres²⁹.

Avtaleloven § 36 er ikke avgrenset i tid. Det er blant annet mulig å se til etterfølgende omstendigheter³⁰. Frarådningsplikten skal bedømmes på bakgrunn av tiden før innvilgelsestidspunktet.³¹ Det er dermed en fast tidsavgrensning. Etter forarbeidene vil plikten kunne inntreffe dersom finansinstitusjonen får opplysninger mellom

²⁶ RT 1988 side 276 på side 289.

²⁷ RT 1990 side 284

²⁸ RT 2003 side 1252.

²⁹ Se avtaleloven § 36 første ledd.

³⁰ Se «senere inntrådte forhold» etter avtaleloven § 36 annet ledd.

³¹ Se «før kredittavtale inngås» etter finansavtaleloven § 47 første ledd.

avtaleinngåelsen og utbetalingen av lånet.³² Slike tilfeller inntreffer imidlertid bare unntaksvis. Ved helt ekstraordinære etterfølgende omstendigheter vil ikke finansavtaleloven § 47 kunne påberopes.

Finansavtaleloven § 47 kan ikke anses for å være en kodifisering av avtaleloven § 36.

4.3 Avtaleloven § 30 og § 33.

Avtaleloven § 30 og § 33 innebærer krav til redelighet og god tro samt svikaktighet. Disse bestemmelsene kan kjenne en avtale ugyldig dersom visse vilkår foreligger, og er ugyldighetsbestemmelser som gjelder generelt for avtaler. Finansavtaleloven § 47 krever ikke at finansinstitusjonen skal opptre svikaktig for å oppfylle vilkårene for å være pålagt plikt til å fraråde. Det er heller ikke korrekt å si at finansinstitusjonen har opptrådt i strid med redelighet og god tro dersom den ikke har frarådet. Som påpekt i kapittel 4.1, har utgangspunktet etter rettspraksis³³ vært en streng norm i tilfeller der den profesjonelle part må forstå at kjøper begir seg ut på et «håpløst foretagende». Normen etter finansavtaleloven § 47 er ikke like streng, det er tilstrekkelig at han alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen grunnet egen økonomi eller andre forhold.

Høyesterett har uttalt at frem til 1994 var det særdeles avgrensede unntak fra prinsippet om at låntaker må vurdere egen betalingsevne og at det gikk ut over han selv dersom han tok feil.³⁴ Til tross for at det har skjedd en utvikling i retning av styrket forbrukervern frem til 1994, vil det ikke være korrekt å si at finansavtalelo-

³² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

³³ RT 1959 side 1048.

³⁴ RT 2003 side 1252 premiss 29.

ven § 47 er en kodifisering av avtaleloven § 30 og § 33. Etter finansavtaleloven § 47 skal finansinstitusjonen fraråde i tilfeller den må anta at forbrukeren ikke har økonomisk evne til å gjennomføre kredittavtalen. Dette er å gå vesentlig lenger enn utgangspunktet om at forbrukeren må bære forutsetninger for egen betalings- evne, og må også anses å gå lenger enn utviklingen frem til 1994.

Dersom finansinstitusjonen hadde plikt til å fraråde etter finansavtaleloven § 47, kan forpliktelsen lempes etter en rimelighetsvurdering.³⁵ Bestemmelsens virk- ningsside er derfor ulik.

Frarådingsplikten kan ikke anses å være en kodifisering av avtaleloven § 30 og § 33.

4.4 Konklusjon.

Finansavtaleloven § 47 er ikke tilstrekkelig lik reglene i avtaleloven eller de ulovfes- tede reglene om lojalitetsplikt i kontraktsforhold til å anses for å kodifisere de ved kredittavtaler mellom finansinstitusjoner og forbrukere. Bestemmelsen går betyde- lig lenger og dekker mer spesielle og avgrensede områder i forholdet mellom par- tene. Forarbeidene syn på dette punktet kan ikke tas til følge. Hagstrøm uttaler at argumentasjonen om kodifisering i forarbeidene måtte oppfattes som innlegg i den politiske prosess.³⁶ Han skriver videre at bestemmelsens terskel er lavere enn hva som fulgte av eldre rett og at det skal foretas en bredere prøvelse.³⁷

³⁵ Se finansavtaleloven § 47 tredje ledd.

³⁶ Hagstrøm «Obligasjonsrett» 5. utgave 2009 side 76 i petitavsnittet.

³⁷ Hagstrøm «Obligasjonsrett» 5. utgave 2009 side 76.

De overnevnte rettsregler vil komme inn i vurderingen av alle avtaler. På grunn av frarådingspliktens spesielle karakter vil det være begrenset rom for inngående vurderinger av disse rettsreglene i forhold til dens vilkår og virkningsside.

5 Vilkår for at finansinstitusjoner skal være pålagt frarådingsplikt.

Finansinstitusjoner skal fraråde etter finansavtaleloven § 47 første ledd i tilfeller der den må anta at forbrukeren «alvorlig» bør overveie ikke å inngå kredittavtalen. Uttrykket «alvorlig» innebærer at det skal mer til enn at forbrukeren for eksempel bør tenke seg om en ekstra gang. Etter forarbeidene inntreffer dette vilkåret der det er «klart misforhold mellom lån og økonomi». I tillegg fremkommer det at det ikke kun er lånets størrelse og renteforpliktelser som vil være av betydning i vurderingen, men også lånets avdragsprofil.³⁸

I forarbeidene fremkommer det videre at «Formålet med reglene om frarådingsplikt som er å hindre at låntakeren tar opp lån som han sannsynligvis ikke vil make å betjene, tilsier videre at plikt til å frarå inntreer uavhengig av om betryggende sikkerhet er stilt».³⁹ Hvorvidt det er stilt betryggende sikkerhet er derfor ikke relevant for vilkåret om at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen.

Det viktigste i vurderingen av om finansinstitusjonen bør fraråde, vil etter dette være om den nedbetalingsplanen det legges opp til er realistisk for forbrukeren på bakgrunn av hans økonomi og andre forhold. Er risikoen for mislighold tilstrekkelig stor, vil vilkåret være oppfylt.

³⁸ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

³⁹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

Tidspunktet for vurderingen er før låneavtalens inngåelse, jf. «før kredittavtalen inngås» i finansavtaleloven § 47 første ledd. Det er forbrukerens forhold på dette tidspunktet som danner utgangspunktet for å vurdere om vilkårene er oppfylt. Finansinstitusjonen kan imidlertid også være pålagt å ta hensyn til fremtidige endringer. Kravet er da at disse er «kjente og sannsynlige».⁴⁰ Det gjelder både regelendringer og endringer i låntakers situasjon. Av regelendringer er varslede innstramminger i skattereglene samt endringer i rammebetingelsene for næringsdrivende nevnt som eksempler. Slike skal representere en «markert risiko» sett fra låntakerens side.⁴¹

Frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 innebærer ikke et forbud mot å yte kreditt.⁴² Vurderingen skal knyttes opp til hvorvidt en forbruker alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen av hensyn til egen økonomi og andre forhold på forbrukerens side. Å vurdere hvorvidt forbrukeren burde vært tilbudt kredittavtalen er ikke sammenfallende med vurderingen av om finansinstitusjonen burde frarådet. Vurderingsmomentene har likhetstrekk. Forbrukerens økonomisk evne er eksempelvis et forhold en finansinstitusjon normalt vil vektlegge der den vurderer om den skal innvilge kreditt. Det er imidlertid to forskjellige vurderinger.

5.1 I hvilke tilfeller må finansinstitusjonen anta at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen?

Hvorvidt finansinstitusjonen må anta at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå låneavtalen, vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Det viktigste i denne vurderingen vil være forbrukerens muligheter til å betjene kreditten. Risi-

⁴⁰ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

⁴¹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

⁴² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

koen for mislighold vil derfor stå sentral. For å vurdere denne risikoen vil en rekke momenter kunne være relevante. I den videre fremstillingen vil jeg gå inn på noen sentrale momenter som vil kunne ha betydning i vurderingen av om vilkåret for frarådingsplikt er oppfylt.

5.1.1 Negativ økonomisk utvikling.

Det skal frarådes der forhold på forbrukerens side tilsier at han «alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kreditten», jf. finansavtaleloven § 47 første ledd. Vil finansinstitusjonen bli pålagt plikt til å fraråde i tilfeller der kundens økonomi blir bedret?

I en dom i Høyesterett fra 2003⁴³, uttaler Høyesterett at: «B fekk for sin del ikkje auka gjelden, men fekk gunstigare vilkår. DnB hadde klart nok ikkje noka frarådingsplikt i høve til han.»

Dommen er avsagt på bakgrunn av gjeldende rett før finansavtaleloven § 47 trådte i kraft. På bakgrunn av bestemmelsens ordlyd, må dette anses å være gjeldene rett også etter finansavtaleloven § 47. Det er liten grunn til at finansinstitusjonen må anta at forbrukeren alvorlig bør overveie å avstå fra kredittavtalen i tilfeller der forbrukeren ved en refinansiering av sin gjeld får en bedret økonomisk situasjon.

Hovedregelen er at det må skje en negativ økonomisk utvikling for forbrukeren dersom finansinstitusjonen skal pålegges plikt til å fraråde kredittavtalen.

Det er imidlertid ikke bare ved en refinansiering at forbrukerens økonomi kan bli bedret som følge av kredittavtalen. Må det angis en yttergrense for i hvor stor grad positiv økonomisk utvikling for forbrukeren kan avskåre plikten til å fraråde?

⁴³ RT 2003 side 1252.

I en sak i Bankklagenemnda fra 2010, var formålet å bedre forbrukernes økonomiske situasjon.⁴⁴ Det var gitt flere lån som var benyttet til utgifter til advokat og uteblitt erstatningsutbetaling. I tillegg hadde finansinstitusjonen vært imøtekomende med å gi forbrukerne avdragsfrihet. På bakgrunn av at lånene skulle lette forbrukernes økonomiske byrde, mente Bankklagenemnda at finansinstitusjonen ikke var pålagt frarådingsplikt overfor forbrukerne.

Ved en annen sak i Bankklagenemnda i 2009 kom nemda til at det ikke forelå plikt til å fraråde låneopptaket.⁴⁵ Forbrukerne hadde en stram økonomi som et boligbytte tok sikte på å forbedre. Bankklagenemnda kunne dermed ikke se at finansinstitusjonen burde ha frarådet låneopptaket da lånet gikk til å bedre forbrukernes økonomiske situasjon.

Avgjørelsene i Bankklagenemnda gir inntrykk av at så lenge finansinstitusjonen bedrer forbrukerens økonomiske situasjon, er den ikke pålagt frarådingsplikt. Dette er ikke upraktisk i forhold til boligfinansiering. Ved å gå fra å leie til å eie vil forbrukere kunne få bedret sin økonomi. Det gjelder særlig i perioder med lave renter.

I vurderingen av om finansinstitusjonen pliktet å fraråde, skal det tas hensyn til fremtidige endringer. Nedbetalingsplanen må derfor ses under ett, det må være en positiv utvikling i økonomien totalt sett. Der forbrukere på bakgrunn av en helhetsvurdering av kredittavtalen får bedret sin økonomi, vil det være et moment som taler imot at finansinstitusjonen bør fraråde kredittavtalen. En kredittavtale som strekker seg over lang tid vil imidlertid kunne medføre usikkerhetsmomenter. Reelle hensyn tilsier at der usikkerheten er stor bør det utvises forsiktighet med å la forbrukeren inngå kredittavtaler som binder hans økonomi i lang tid fremover, også i tilfeller der økonomien blir bedret.

⁴⁴ BKN 2010-114.

⁴⁵ BKN 2009-041.

En bedret økonomi er etter dette et forhold som kan tale for at finansinstitusjonen ikke er pålagt en plikt til å fraråde kredittavtalen.

5.1.2 Gjeldsgrad.

Med gjeldsgrad menes total gjeld i forhold til brutto årsinntekt. Ved en brutto årsinntekt på 300.000 kroner og en gjeld på 900.000 kroner, er gjeldsgraden tre. Ifølge forarbeidene skal det tas hensyn til forholdet mellom lån og økonomi i vurderingen av om finansinstitusjonen burde frarådet kredittavtalen.⁴⁶ Gjeldsgraden tallfester forholdet mellom lån og økonomi.

Blir gjeldsgraden for høy kan det bli lite igjen til å dekke andre utgifter enn kredittavtalen. Ved særdeles høye gjeldsgrader kan alt forbrukeren har av disponibel inntekt gå til løpende gjeldsutgifter. Dersom finansinstitusjonen ikke skal være pålagt en frarådingsplikt, er det avgjørende at forbrukeren har midler igjen til å dekke andre nødvendige behov. I de tilfeller forbrukeren ikke har nok midler til å dekke annet enn kredittavtalen, vil han lett kunne havne i betalingsmislighold overfor finansinstitusjonen.

I vurderingen av forbrukerens gjeldsgrad vil det ha betydning hva slags gjeld det er forbrukeren har. Har gjelden kort nedbetalingstid og høye kostnader vil det lettere utløse plikt til å fraråde. Dyre gjeldsforpliktelser med kort avdragstid vil gi høye månedsbeløp. I tilfeller der forbrukeren har mye annen gjeld med ugunstige vilkår og kort nedbetalingstid, vil det skjerpe plikten til å fraråde for finansinstitusjonen.

Lagmannsretten kom i en kjennelse i 2011⁴⁷ til at en gjeldsgrad på 1,9 var en høy lånefaktor, men at det ikke var uforsvarlig så lenge inntekten til låntaker besto. Et-

⁴⁶ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

⁴⁷ LF-2011-140182 Frostating lagmannsrett.

ter flere opplåninger ble gjeldsgraden økt til 3,75. Dette var ifølge retten «en høy lånefaktor som gir en klar risiko for at låntakerne vil kunne få problemer med å betjene lånet». Saksøker tapte likevel saken på bakgrunn av at retten anså årsaken til betalingsproblemene som forhold som finansinstitusjonen ikke burde ta i betraktning ved sin risikovurdering.

Gjeldsgraden danner et utgangspunkt for den videre vurderingen av om finansinstitusjonen er pålagt plikt til å fraråde. En høy gjeldsgrad vil tale for at finansinstitusjonen burde frarådet. Den vil imidlertid ikke alene kunne utløse en plikt til å fraråde. En høy gjeldsgrad kan blant annet forsvares dersom forbrukerens økonomi er svært stabil, forbrukeren forventer ekstra inntekter i fremtiden, har en god investeringsplan eller lignende forhold. En lav gjeldsgrad vil kunne utløse frarådingsplikt dersom forbrukerens inntekter er fallende eller svært lave, forbrukeren har lite tilgjengelig inntekt etter faste utgifter og andre forhold som gjør forbrukerens økonomi sårbar og risikoutsatt.

5.1.3 Arbeidssituasjon.

Hva slags type arbeid og stilling forbrukeren har vil ha betydning i forhold til inntekts stabilitet, størrelse og utvikling. I tillegg vil hvilken stilling og type arbeid en forbruker har si noe om forbrukerens evne til å håndtere renteøkninger samt forbrukerens forståelse av det prosjektet han begir seg ut på.

I en sak i 2013 kom lagmannsretten i en kjennelse til at finansinstitusjonen ikke hadde forsømt sin frarådingsplikt.⁴⁸ Her ble det blant annet vektlagt at saksøker var en erfaren advokat. I forbindelse med opplåningen reduserte han sin advokatvirksomhet. Planen var å låne midler til å investere i et eiendomsprosjekt. Saksø-

⁴⁸ LE-2013-054606 Eidsivating lagmannsrett.

ker reduserte dermed sin inntekt ved å jobbe mindre, og utsatte seg for risiko ved eiendomsinvesteringer. Dette var forhold som finansinstitusjonen var kjent med.

Retten uttalte at på grunn av forbrukerens bakgrunn ville han ha nødvendig innsikt til å stanse prosjektet dersom avkastningen ikke skulle bli som forventet. Han kunne også øke sin advokatvirksomhet og med det øke sin inntekt, og dermed dempe de negative konsekvensene av en manglende avkastning.

Dommen illustrerer hvordan arbeidsstilling kan slå ut flere måter. For det første er det tvilsomt hvorvidt en ufaglært arbeider kan øke sin inntekt like enkelt som en erfaren advokat. Hva slags type arbeid forbrukeren har vil dermed ha betydning i forhold til hvor enkelt forbrukeren kan øke sin inntekt ved å øke arbeidsmengden. Det sier også noe om tryggheten ved inntekten, er stillingen svært konjunkturavhengig kan det skjerpe frarådingsplikten. I tillegg tilsa stillingen i seg selv at fraråding ikke var pålagt. Ved å ha kunnskaper gjennom sitt yrke hadde forbrukeren bedre forutsetninger for å forutsi og å takle fortløpende utfordringer med formålet bak kredittavtalen.

Arbeidssituasjon må tillegges en ikke uvesentlig vekt ved vurderingen av om vilkårene for å fraråde er oppfylt.

5.1.4 Renteendringer.

Renten utgjør den største delen av kostnaden ved et boliglån. Hvor høy renten er, vil ha stor betydning for forbrukerens evne til å betjene lånet. Dersom rentene øker vil også de månedlige utgiftene øke. Økte låneutgifter kan dermed føre til mislighold. Det skal tas hensyn til fremtidige endringer i forbrukerens situasjon.⁴⁹ Der en

⁴⁹ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

forbruker ikke vil klare å overholde låneforpliktelsen dersom renten øker, kan det medføre mislighold og at vilkårene til å fraråde er oppfylt.

Et viktig moment i slike tilfeller vil være forbrukerens inntektsmuligheter i fremtiden. Nyutdannede studenter vil normalt sett kunne se for seg en lønnsøkning og bedret økonomi. Renteøkninger behøver ikke være problematisk for slike forbrukere. Omvendt burde kravet skjerpes i tilfeller der forbrukeren har få eller ingen muligheter for å øke sitt inntektsgrunnlag. Der renten allerede er høy og man ser for seg en nedgang, kan manglende fraråding forsvares med at man ser for seg lavere renter på sikt.

Konsekvensene av renteendringer kan forhindres ved at forbrukeren inngår en avtale med finansinstitusjonen om å binde renten. Hvorvidt dette medfører at renteendringer ikke vil være et moment i vurderingen av om finansinstitusjonen må fraråde, vil bero på hvor lang bindingstiden er og om forbrukeren vil kunne klare en økt rente etter at bindingstiden utgår.

Fremtidige renteendringer er et moment som kan utløse frarådingsplikt etter finansavtaleloven § 47 første ledd.

5.1.5 Styrket forbrukervern?

Det er forbrukervern som er hovedformålet bak bestemmelsen. Den er gitt for å unngå at forbrukere havner i vanskeligheter som følge av kredittavtalen, og for å unngå at forbrukere tar opp lån de sannsynligvis ikke makter å betjene.⁵⁰ Hvor sterkt forbrukervernet er, vil dermed ha innvirkning på den skjønnsmessige helhetsvurderingen i forhold til når finansinstitusjonen plikter å fraråde kredittavtalen.

⁵⁰ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

Et sterkt forbrukervern kommer til uttrykk i Røeggen-dommen.⁵¹ Høyesterett kom til at produktene som Røeggen ble tilbudt var lovlige såfremt informasjonen rundt produktene var god nok. Videre sa Høyesterett at avtaler om komplekse produkter med forbrukere uten særlige forkunnskaper stiller strenge krav til de som tilbyr disse produktene. Produktene var ikke av en slik art at de i seg selv ga grunnlag for å lempe avtalen. Årsaken til at Røeggen vant var at informasjonen han fikk var manglende og villedende.

Saken i seg selv har liten overføringsverdi i forbindelse med boliglånssøknader i og med at det var den manglende og villedende informasjonen mot Røeggen som ble utslagsgivende for Høyesteretts avgjørelse.

Høyesterett uttalte imidlertid at kravene til aktører som tilbyr komplekse produkter er strengere i dag enn i år 2000. Det kan tale for at profesjonelle aktører innen finansbransjen har fått større krav i sin omgang med forbrukere generelt. Et slikt krav vil gjelde spesielt der produktene er komplekse.

Dommen ble videre avsagt i Høyesterett Storkammer og var enstemmig. Røeggen vant fullt ut mot banken, enda lagmannsretten kom til motsatt konklusjon.⁵² I Bankklagenemnda fikk Røeggen medhold, men avgjørelsen ble avsagt under dissens.⁵³ Røeggen vant også i tingretten. Uenigheten i de tidligere instanser og den klare dommen i Høyesterett kan tas til inntekt for at forbrukervernet er sterkere nå enn i år 2000 da finansavtaleloven § 47 trådte i kraft. Det kan i det minste bety at de lavere instanser har ansett forbrukervernet for å være noe svakere enn Høyesterett.

⁵¹ RT 2013 side 388

⁵² LB-2010-176553 Borgarting lagmannsrett.

⁵³ BKN 2009-001.

At forbrukerens vern kan være styrket fremkommer videre i forbindelse med Høyesteretts uttalelser angående et EU direktiv om urimelige vilkår rettet mot forbrukere.⁵⁴ I premiss 61 sies følgende om direktivet: «Jeg vil imidlertid føye til at direktivet må ses som uttrykk for et generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern. Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen».

Hvor meget forbrukervernet er styrket kan ikke angis eksakt. At det har skjedd en viss bevegelse i retning av sterkere forbrukervern fremstår etter dette som sannsynlig. Et styrket forbrukervern vil ha innvirkning på vilkåret om at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen. Tilfeller som ville falt utenfor finansinstitusjonens plikt til å fraråde i år 2000 kan nå innebære at det skal frarådes.

5.1.6 Oppsummering

I vurderingen av om finansinstitusjonen plikter å fraråde låneavtalen vil en rekke momenter inngå. Hvorvidt vilkåret er oppfylt vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering og ulike momenter vil peke i forskjellige retninger. Det er summen av disse momentene som vil avgjøre om vilkårene for å pålegge finansinstitusjonen en plikt til å fraråde forbrukeren kredittavtalen er til stede.

5.2 Må finansinstitusjonen ta hensyn til boligprisutviklingen?

For at finansinstitusjonen skal kunne komme i ansvar for brudd på frarådingsplikten ved et eventuelt fall i boligprisene, er det en betingelse at boligprisfall er et moment finansinstitusjonen plikter i mer eller mindre grad å ta hensyn til. Verdifall i fast eiendom må derfor være et forhold som inngår i vurderingen av om finansinsti-

⁵⁴ Rådsdirektiv 93/13/EØF 5. april 1993.

tusjonen må anta at forbrukeren alvorlig bør overveie å avstå fra å inngå kredittavtalen.

Hovedhensynet bak bestemmelsen er at forbrukere ikke skal havne i betalingsmislighold, og at de ikke gis lån de ikke makter å betjene på vanlig måte.⁵⁵ Fall i boligprisene vil ikke i seg selv utløse betalingsmislighold. Det vil rent praktisk ikke ha noen betydning for avdragsprofilen eller forbrukerens likvide økonomi, spesielt ikke på kort sikt. Så lenge boligen ikke selges vil heller ikke et boligprisfall materialisere seg og føre til realisert tap for forbrukeren.

Som eksempel på «andre forhold på forbrukerens side», jf. finansavtaleloven § 47 første ledd, trekker forarbeidene frem at forbrukeren er i ferd med å betale betydelig over markedspris for en leilighet.⁵⁶ På samme måte som ved boligprisutviklingen er hvorvidt en forbruker betaler overpris for en bolig av mindre betydning for nedbetalingen av gjelden. Ved mislighold som fører til tvangssalg vil forbrukeren kunne sitte igjen med en rest, men det er ikke et forhold som i seg selv kan føre til at forbrukeren misligholder kredittavtalen. Det som først og fremst avgjør hvorvidt en forbruker kan betjene en låneforpliktelse er hans økonomi sammenholdt med lånevilkårene og nedbetalingsplanen.

Som en konsekvens av hovedformålet fremholder forarbeidene at der man hindrer forbrukere i å få lån de ikke makter å betjene på vanlig måte, så vil det gjøre at forbrukere unngår vanskelighetene som en slik kredittavtale ville medført.⁵⁷ Et kraftig fall i boligverdien vil kunne medføre vanskeligheter for forbrukeren i form av tap på sikt. Uttalelsen kan indikere at selv der forbrukeren får lån han makter å betjene, så kan andre vanskeligheter medføre at finansinstitusjonen plikter å fraråde.

⁵⁵ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

⁵⁶ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

⁵⁷ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

Ifølge en dom i lagmannsretten fra 2008⁵⁸ tar ikke finansinstitusjonen risiko kun på egne vegne. Den har som profesjonell aktør også en plikt til å beskytte forbrukeren mot seg selv. Har finansinstitusjonen en plikt til å beskytte forbrukeren mot seg selv for en mulig risiko, kan boligprisfall være en risiko finansinstitusjonen må beskytte forbrukeren mot.

I en dom fra lagmannsretten i 2011⁵⁹ fremkommer det at en finansinstitusjon kan måtte ta hensyn til et fremtidig salg av bolig dersom boligsalget er en forutsetning for at gjeldsforpliktelsen skal kunne betjenes. En forbruker på yrkesrettet attføring fikk lån til en borettslagsleilighet. Hun hadde fått studieplass og med kredittavtalen fra finansinstitusjonen kjøpte hun en leilighet der hun studerte. En forutsetning for kredittavtalen var at leiligheten ble solgt etter avsluttete studier. Finansinstitusjonen ble under tvil dømt for ikke å ha sendt forbrukeren skriftlig varsel om fraråding. Retten kom til at salget var avgjørende for finansinstitusjonens regnestykke, og uttalte: «Samtidig innebar forutsetningen om salg etter endt utdanning at risikoen for Sundheim økte betydelig, fordi det kunne fremtvinge et salg på et ugunstig tidspunkt».

Det er ikke bare i tilfeller der boligsalg er gjort til betingelse for kredittavtalen at det er mulig å se for seg at forbrukere vil måtte selge låneobjektet. Samlivsbrudd, endringer i arbeidssituasjonen og lignende forhold kan også utløse et behov for å bytte bolig. Reelle hensyn tilsier at finansinstitusjonen bør fraråde kredittavtalen i tilfeller der utsiktene til raskt boligprisfall er store. Finansinstitusjonen vil tjene på kreditten som forbrukeren overholder etter avtalen, samtidig som forbrukeren havner i en vanskelig situasjon som følge av den uheldige investeringen.

⁵⁸ RG 2008 side 1508.

⁵⁹ LG-2010-102752 Gulating lagmannsrett.

Finansinstitusjonen må etter dette ta hensyn til boligprisfall i sin vurdering av om det må antas at kunden alvorlig bør overveie å avstå fra å ta opp kredittavtalen.

5.2.1 Nedre grense for boligprisfall?

Det skal frarådes der forbruken «alvorlig» bør overveie ikke å inngå kredittavtalen. I dette ligger det et krav til at konsekvensene av avtalen må være av en kvalifisert art. Der boligprisene kun innebærer sesongvariasjoner, er det tvilsomt om finansinstitusjonen overhodet vil kunne komme i ansvar.

Helt ordinære svingninger i markedet vil derfor ikke medføre at finansinstitusjonen plikter å fraråde forbrukeren å inngå kredittavtalen. Det er et minstekrav at boligprisfallet er av en viss ekstraordinær karakter.

5.2.2 Krav til høy belåningsgrad?

Med belåningsgrad menes forholdet mellom forbrukerens boliggjeld og boligens verdi. Frarådingsplikten hovedformål er å hindre at forbrukere opptar lån de ikke makter å betjene.⁶⁰ I tilfeller der finansinstitusjonen har hatt strenge krav til egenkapital, vil et tvangssalg medføre at forpliktelsen blir dekket. Forbrukeren vil kunne tape sin egenkapital men vil ikke sitte igjen med en kreditt han ikke makter å betjene. Det må derfor være et krav at belåningsgraden må være betydelig for at finansinstitusjonen skal være pålagt frarådingsplikt.

5.3 Partene.

Frarådingsplikten gjelder kun mellom finansinstitusjoner og forbrukere, jf. finansavtaleloven § 44 første ledd. Hva som ligger i uttrykket forbruker og finansinstitusjon

⁶⁰ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-56.

vil derfor være avgjørende for om finansavtaleloven § 47 kan påberopes av forbrukere ved fall i boligmarkedet.

5.3.1 Forbrukerbegrepet.

I finansavtaleloven § 2 første ledd annen setning, er forbruker definert som "fysisk person". Det er også listet opp et formålsskrav, "når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet".

I forbindelse med Banklovkommisjonens arbeid var det stort flertall for å bruke begrepet "fysisk person".⁶¹ 17 av 19 medlemmer gikk inn for en slik definisjon. Det var imidlertid flere medlemmer som hadde ulike syn på hva som skulle være omfattet av betegnelsen. Fem medlemmer gikk inn for at juridiske personer som i realiteten fremstår som en samling av forbrukere også skulle være omfattet. To medlemmer fra NHO og Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon mente den burde være ufravikelig også for småbedrifter. Innenfor småbedrifter skulle alle bedrifter med 1-9 ansatte være omfattet.⁶²

Departementet uttalte at på grunn av EUs forbrukerdirektiv og annet regelverk innen EU på forbrukerområdet, kan man ikke i finansavtaleloven benytte kjøpslovens forbrukerdefinisjon direkte.⁶³ Man burde isteden ta utgangspunkt i forbrukerkreditt-direktivets definisjon. Etter departementets mening burde forbrukervernregler som hovedregel være forbeholdt avtaler som gjelder ivaretagelse av personlige behov. Imidlertid ble en slik tilnærming vanskelig ved finansavtaler.⁶⁴ Departementet uttaler at begrepet skal omfatte fysiske personer som opptrer på vegne av en organisert gruppe, for eksempel syklubber, foreldregrupper og lignende. De mente det

⁶¹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 96.

⁶² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 41-42.

⁶³ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansielle oppdrag side 21.

⁶⁴ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) Om lov om finansavtaler og finansielle oppdrag side 21-22.

ble galt å inkludere små bedrifter da grensedragningen kunne bli vanskelig. De landet derfor på "fysisk person", og åpnet for et snevert unntak ved svært små grupper utenfor næringsforhold.

Lagmannsretten har i en dom fra 2011 uttalt at borettslag er klart utenfor definisjonen av finansavtaleloven § 2.⁶⁵

Forbrukerbegrepet vil etter dette nesten utelukkende omfatte enkeltindivider der hensikten og formålet ikke er tilknyttet næringsvirksomhet.

5.3.2 Pliktsubjektene.

Etter finansavtaleloven § 1 femte ledd vil «enhver» som yter kreditt til en forbruker være omfattet av kapittel tre og § 47. Unntak kan ifølge en proposisjon fra 2009-2010 være helt private kredittavtaler.⁶⁶ Dette er et snevert unntak, i praksis vil alle som yter kreditt være omfattet.

5.3.3 Hvem svarer finansinstitusjonen for?

Finansinstitusjonen vil bli identifisert med all virksomhet den utøver via egne ansatte. Det følger blant annet av det alminnelige arbeidsgiveransvaret i erstatningsloven § 2-1⁶⁷. Etter finansavtaleloven § 47 annet ledd vil kredittformidler som «opptrer på vegne av kredittgiveren» være underlagt frarådingsplikt. Det samme er eksterne agenter, jf. finansavtaleloven § 87 annet ledd.

⁶⁵ RG 2011 side 528 Borgarting

⁶⁶ Prop. 65 L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv. side 209.

⁶⁷ Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 nr 26.

Finansavtaleloven § 47 annet ledd kan ses som et utslag av det alminnelige kontraktshjelperansvaret. Ifølge Høyesterett⁶⁸ hefter den som benytter en medhjelper for kontraktsbrudd som følge av medhjelperens handlinger. En videreformidler av kreditt kan anses som en medhjelper overfor finansinstitusjonen der han opptrer på vegne av denne.

I kravet om at formidleren må opptre på vegne av institusjonen ligger det en yttergrense. Hagstrøm fremholder at kontraktsmedhjelperansvaret forutsetter at det dreier seg om egne kontraktsforpliktelser. Hagstrøm mener biforpliktelser må falle utenfor identifikasjon.⁶⁹

For å avgrense hvem som faller utenfor vilkåret i finansavtaleloven § 47 annet ledd, må det vurderes hvem som kan ha så stor nærhet til kredittavtalen at de må anses for å videreformidle og opptre på vegne av finansinstitusjonen.

Eiendomsめglere.

Ved boligfinansiering vil en eiendomsめgler ofte ha en tilknytning til kredittavtalen. Er denne av en slik art at eiendomsめglere vil anses å opptre «på vegne av» institusjonen?

Hvorvidt eiendomsめglere er pålagt frarådingsplikt har vært oppe i rettspraksis. I en sak vedrørende kjøp av en borettslagsleilighet med betydelig fellesgjeld vant forbruker i tingretten, men tapte i lagmannsretten.⁷⁰ Kjøper som var fra Japan hadde ikke forstått hva fellesgjeld i borettslag innebar. Fra kjøpet til overtakelsen hadde rentene økt, noe som medførte nesten en tredobling av fellesutgiftene. Tingretten fant at siden megleren hadde nærliggende grunn til å tvile på kjøpers beta-

⁶⁸ RT 1986 side 1386.

⁶⁹ Hagstrøm «Obligasjonsrett» 5. opplag 2009 side 472.

⁷⁰ RG 2009 side 1134. Borgarting.

lingsevne, hadde han misligholdt sin omsorgsplikt og ble følgelig erstatningsansvarlig.

Ved anken fremholdt lagmannsretten at kjøpers manglende kunnskaper om gjeld og renter lå bortenfor det en megler med rimelighet kunne forvente. Megler hadde derfor ikke brutt omsorgsplikten eller frarådingsplikten. Retten kommenterte frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 og uttalte: «Lagmannsretten finner det klart at megler ikke har noen alminnelig frarådingsplikt. En slik plikt trenger etter lagmannsretten hjemmel i lov, og både den gamle og nye eiendomsmeglingsloven mangler slik hjemmel.»

Lagmannsretten viste til forarbeidene til eiendomsmeglerloven.⁷¹ Etter forarbeidene fremkommer det: «Utvalget har kommet til at en frarådingsplikt for megleren er overflødig ved siden av långiveres lovpålagte plikt i finansavtaleloven § 47. Megleren bør heller rette fokus mot at det gis så fullstendige opplysninger som mulig om objektet. Utvalget mener videre at det heller ikke med tanke på andre situasjoner bør lovfestes en frarådingsplikt for megler. De alminnelige reglene om god megler-skikk vil imidlertid kunne komme inn.»⁷²

Ved at forarbeidene til eiendomsmeglerloven er helt klare i sine uttalelser bør eiendomsmeglere som hovedregel være unntatt en frarådingsplikt.

Unntak kan gjelde der megleren har en dobbeltrolle. Han er både eiendomsmegler og videreformidler av kreditt. Det er mulig å tenke seg tilfeller der eiendomsmegleren tilbyr seg å hjelpe kjøperen med finansieringen. Mange store finansinstitusjoner driver også med eiendomsmegling, eksempelet er dermed ikke uten praktisk betydning. Det er også mulig å se for seg at det er selskaper som tilbyr en totalløs-

⁷¹ Lov av 29. juni 2007 om eiendomsmegling.

⁷² NOU 2006:1 Eiendomsmegling side 127 kapittel 10.3.6.

ning for en boligselger. Selskapet kan tilby både å selge leiligheten og å tilby eventuelle kjøpere finansiering. En slik løsning er ikke uvanlig ved for eksempel salg av løsøre. Her vil selgeren utvilsomt anses å være videreformidler av kreditt, jf. finansavtaleloven § 47 annet ledd, og kan bli pålagt plikt til å fraråde.

En situasjon der en profesjonell aktør både selger en bolig og står for finansieringen vil kunne skape vanskelige situasjoner i forhold til finansavtaleloven § 47.

Forarbeidene til finansavtaleloven nevner som eksempel på «andre forhold på forbrukers side», at låntaker er i ferd med å betale betydelig over markedspris for en leilighet.⁷³ Dette er typisk forhold som eiendomsmegleren vil ha svært gode kunnskaper om.

Forarbeidene til eiendomsmeglerloven § 6-3 fremholder at: «Megleren skal arbeide for å oppnå at handel blir sluttet på vilkår som er best mulige for oppdragsgiveren». Eiendomsmeglerloven § 6-3 inneholder dermed ikke noe krav om at megler skal sørge for at kjøper får en pris som ikke er betydelig over markedspris. Det er tvert imot eiendomsmeglerens oppgave å sørge for å få en best mulig pris for selger.

En rolle der en aktør både er eiendomsmegler og kredittyter vil dermed skape vanskelige situasjoner. Ved å gjøre en god jobb som megler vil det samtidig kunne utløse en plikt til å fraråde. En kjøper vil da kunne legge inn bud med forbehold om finansiering. Han får finansiering, men blir samtidig frarådet. Forbrukeren må gjennomføre en avtale kredittyter har frarådet, han kan ikke trekke budet da han har fått finansieringen i orden. En fraråding har liten verdi dersom forbrukeren ikke kan la være å inngå kredittavtalen. Dersom aktører tilbyr både å selge og å finansiere boligen, bør de derfor ha klare skiller mellom arbeidsoppgavene til eiendomsmeg-

⁷³ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

leren og arbeidsoppgavene i forbindelse med å yte kreditt. Der en og samme person forestår begge oppdrag vil grenseskillene kunne bli vanskelige.

Frarådingsplikt vil etter finansavtaleloven § 47 i hovedsak bli pålagt finansinstitusjonen, men kan også gjelde andre som opptrer på vegne av denne.

5.4 Krav til finansinstitusjonens grunnlag for å vurdere fraråding.

En betingelse for at finansinstitusjon skal fraråde, er at den har et grunnlag av informasjon som tilsier fraråding. Dette oppstiller to spørsmål. Det ene er om den plikter å ha et grunnlag for å vurdere om den skal fraråde, og det andre er hva konsekvensene av et eventuelt manglende grunnlag kan bli. Det andre spørsmålet blir nærmere behandlet i kapittel seks.

5.4.1 Foreligger det en plikt til innhenting av informasjon?

Finansavtaleloven § 47 gir liten veiledning i forhold til hvilken og hvor mye informasjon finansinstitusjonen må innhente og hva den må vektlegge. Det er mulig å trekke enkelte slutninger på bakgrunn av bestemmelsen. Blant annet skal det frarådes der finansinstitusjonen «må anta» at forbrukeren bør overveie og ikke inngå kredittavtalen. Finansinstitusjonen kan vanskelig anta noe på vegne av forbrukeren dersom den ikke har noen kunnskaper å bygge disse antagelsene på.

I forarbeidene fremkommer det at finansinstitusjonene ikke pålegges en aktiv informasjonsplikt, men at den i egen interesse bør ha en forsvarlig kredittprøving. Dette følger også av alminnelige krav til god bankskikk.⁷⁴

⁷⁴ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55.

På bakgrunn av bestemmelsen og forarbeidene kan det synes som om finansinstitusjonene i utgangspunktet på fritt grunnlag kan innhente de opplysninger den ønsker og vektlegge den informasjonen de finner hensiktsmessig.

Frarådingsplikten må imidlertid ses i sammenheng med finansavtaleloven § 46b. Denne trådte i kraft 11. juni 2010⁷⁵ i forbindelse med EUs forbrukerkredittdirektiv.⁷⁶ Bestemmelsen pålegger finansinstitusjonene en plikt til å vurdere forbrukerens kredittverdighet på bakgrunn av «fyllestgjørende opplysninger», jf. første ledd. Finansinstitusjonene må dermed ha et informasjonsgrunnlag å bygge kredittvurderingen på.

Bestemmelsene gjelder ulike forhold. Frarådingsplikten pålegger finansinstitusjonen en plikt av hensyn til forbrukeren i tilfeller der det er ønskelig å gi kreditt, men hvor visse forhold gir finansinstitusjonen en plikt til å fraråde kredittavtalen. Plikten til å vurdere forbrukerens kredittverdighet etter § 46b gjelder generelt ved søknader om kreditt, og er ikke avgrenset på samme måte som § 47.

Det kan dermed oppstå tilfeller der finansinstitusjonen ikke har oppfylt kravet til å kredittvurdere forbrukeren på bakgrunn av god nok informasjon etter § 46b, men at dette samtidig ikke har relevans for vurderingen av § 47. Dersom finansinstitusjonen har en plikt til å innhente informasjon ved en kredittvurdering, bør den også ha det ved vurderingen av om den bør fraråde forbrukeren å oppta kreditten. Noe annet ville innebære liten sammenheng i regelverket.

Hovedformålet bak finansavtaleloven § 47 er å forhindre at forbrukere får kreditter de ikke makter å betjene.⁷⁷ For å ivareta dette hensynet ligger det forutsetningsvis

⁷⁵ Lov av 7. mai 2010 nr. 15.

⁷⁶ Dir. 08/48 art. 8 nr.1.

⁷⁷ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

at finansinstitusjonen kan vurdere forbrukerens økonomi. Det kan vanskelig tenkes å være i tråd med hensynet om å ivareta forbrukeren at finansinstitusjonen kan la være å innhente informasjon, og dermed unngå at en plikt til å fraråde blir utløst. Dette vil også stride mot god bankskikk. En finansinstitusjon bør ikke premieres for dårlig håndverk.

Finansinstitusjonen har etter dette en plikt til et minimum av informasjonsinnhenting.

5.4.2 Hvor mye informasjon må finansinstitusjonen ha?

En naturlig forståelse av ordlyden i finansavtaleloven § 46b om «fyllestgjørende opplysninger», tilsier at finansinstitusjonen må ha mer enn et absolutt minimum av informasjon. Dette støttes også av at det skal tas hensyn til forbrukerens økonomiske evne etter finansavtaleloven § 47. Økonomisk evne kan ikke vurderes dersom informasjonen er svært mangelfull.

I praksis bør derfor finansinstitusjonen som et minstekrav ha et grunnlag for å vurdere forholdet mellom forbrukerens inntekter, utgifter og samlede gjeld. Andre forhold av stor betydning bør også foreligge, jf. «andre forhold på forbrukerens side» i finansavtaleloven § 47 første ledd. Finansinstitusjonen bør eksempelvis undersøke om forbrukeren har betalingsanmerkninger.

Hva som videre ligger i denne plikten vil bero på en konkret vurdering. Når forarbeidene ikke pålegger finansinstitusjonen en plikt til informasjonsinnhenting etter § 47, og bestemmelsen samtidig er taus, bør ikke minstekravene være for strenge. Det vil imidlertid kunne bero på størrelsen av kreditten. Dersom kreditten som tilbys er svært lav er det tvilsomt om det vil være aktuelt å fraråde overhodet. Det er først og fremst der låntakeren tar opp lån den ikke makter å betjene at frarådings-

plikten vil ha interesse.⁷⁸ En forbruker skal ha svært dårlig betjeningsevne for ikke å klare et veldig lite lån, eksempelvis ved å kjøpe et fjernsyn på avbetaling. Det er imidlertid fullt mulig at plikt til å fraråde inntreffer også i slike tilfeller, eksempelvis der forbrukeren har svært lav inntekt og mye gjeld fra tidligere. Tilfeller der en finansinstitusjon overhodet ikke behøver å innhente informasjon kan derfor vanskelig tenkes.

Et særlig spørsmål er hva som blir konsekvensene av en overoppfylling av plikten til å innhente informasjon. Dersom finansinstitusjonen innhenter mer informasjon enn hva som må anses påkrevd, vil den ekstra informasjonen ha betydning for plikten til å fraråde?

Finansinstitusjonen er den profesjonelle part. Ifølge forarbeidene skal dennes kunnskap og erfaring komme forbrukeren til gode.⁷⁹ Dersom finansinstitusjonen besitter kunnskap om forbrukeren, bør den ta all denne kunnskapen i bruk. Ved å se bort ifra informasjon den har om forbrukeren, vil den vanskelig kunne benytte sin rolle til å tilgodese forbrukeren og få et godt bilde av «andre forhold». Finansinstitusjonen bør derfor ta hensyn til alt den sitter med av informasjon om forbrukeren. Kommer den over informasjon av betydning for kredittsøknaden, må den ta denne til vurdering selv om denne informasjonen utgjør mer enn hva som kreves.

Ved kredittavtaler til finansiering av fast eiendom vil det som hovedregel være krav om et minimum av informasjonsinnhenting og all informasjon finansinstitusjonen får vil ha betydning om vilkårene i frarådingsplikten er oppfylt.

⁷⁸ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-55.

⁷⁹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

5.4.3 Hvilke deler av informasjonen må vektlegges?

Hverken finansavtaleloven § 47 eller forarbeidene pålegger som utgangspunkt en plikt til informasjonsinnhenting. Å pålegge finansinstitusjonen en plikt til å vurdere ulike faktorer, vil være å tolke bestemmelsen svært utvidende. En mindre tilfredsstillende kredittvurdering vil kunne komme inn i forhold til lempningsregelen etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd, som jeg kommer tilbake til i kapittel seks, men det kan ikke oppstilles et krav til hvordan finansinstitusjonen skal vurdere forbrukernes søknader i medhold av frarådingsplikten.

5.4.4 Informasjonens troverdighet.

Mye av den informasjonen finansinstitusjonen må vektlegge vil være gitt av forbrukeren selv. Kan finansinstitusjonen uten videre legge til grunn den informasjonen forbrukeren fremlegger?

Dersom finansinstitusjoner skal kvalitetssikre all informasjon som forbrukere fremlegger, vil en kredittsøknad kunne ta uhensiktsmessig lang tid og være ressurskrevende. Fordelene man oppnår ved at finansinstitusjonen avslører at enkelte forbrukere bevisst eller ubevisst oppgir uriktig informasjon, svarer ikke til ulempene en slik plikt medfører. Der forbrukeren bevisst gir uriktig informasjon vil det kunne ha betydning for lempningsregelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd, noe jeg kommer nærmere tilbake til i kapittel seks.

I flere saker i Finansklagenemnda Bank og Bankklagenemnda er det uttalt at finansinstitusjonen som hovedregel kan legge til grunn den informasjonen forbrukeren oppgir.⁸⁰ Unntak gjelder der denne informasjonen fremstår som urealistisk. En slik regel er fornuftig. Den ivaretar både hensynet til effektivitet og hensynet til kvalitetssikring.

⁸⁰ Blant annet FinKN Bank 2011-386.

Hva som må anses som urealistisk vil bero på de nærmere omstendighetene. Eksempelvis vil det kunne fremstå urealistisk dersom en forbruker uten noen god forklaring drastisk har økt sine inntekter det siste året.

Finansinstitusjonen kan etter dette normalt legge til grunn den informasjonen kunden frembringer.

5.5 Kravet til frarådingens utforming.

Dersom finansinstitusjonen skal unngå virkningene etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd, er det et krav at den har frarådet. Slik fraråding skal skje både skriftlig og normalt sett også muntlig, jf. finansavtaleloven § 47 første ledd. I tilfeller finansinstitusjonen har frarådet, er det krav til hvordan frarådingen skal være utformet?

Ordlyden inneholder ingen konkrete krav til hvordan frarådingens utforming. Tidligere var det ikke krav om muntlig fraråding i tillegg til skriftlig. I 2010 kom det en lovendring som medførte at finansinstitusjonen også skal informere forbrukeren muntlig «så vidt mulig», jf. finansavtaleloven § 47 første ledd. I tillegg skal forbrukeren med signatur bekrefte at han er kjent med at finansinstitusjonen har frarådet han å oppta kreditten.⁸¹ Lovgiver har dermed gått langt i å forsikre seg om at forbrukeren blir gitt fraråding. Likevel gir ikke bestemmelsen noen god veiledning i forhold til hvordan frarådingen bør være utformet.

Det fremkommer i forarbeidene at: «Når lånetakeren er advart om motforestillingerne, vil begge parter være klar over den betydelige risiko for mislighold som forelig-

⁸¹ Prop-65 L/10 (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv. side 219.

ger.»⁸² I dette ligger det et krav om at forbrukeren er advart og er klar over risikoen kredittavtalen vil medføre.

Et krav til klarhet kan også utledes av den alminnelige uklarhetsregelen. Denne regelen sier at en avtale skal tolkes til ugunst for den parten som etter forholdene burde og kunne uttalt seg på en tydeligere måte. Regelen står spesielt sterkt i forbrukerforhold. Finansinstitusjonen er den sterke part og har ressurser og kunnskaper til å utforme gode avtaler. Det bør derfor kreves at finansinstitusjonen påser at frarådingen blir gitt på en måte som gjør forbrukeren i stand til å forstå rekkevidden av den. En eventuell uklarhet bør gå ut over finansinstitusjonen.

Det er etter dette et vilkår for at finansinstitusjonen skal anses å ha oppfylt frarådingsplikten at denne er gitt forbrukeren på en tilstrekkelig klar måte.

5.6 Oppsummering

Ved vurderingen av om det skal frarådes vil forholdet mellom økonomisk evne og gjeld stå sentralt. Boligprisfall vil kunne komme inn som ledd i vurderingen av om det skal frarådes. For at det skal foreligge plikt til å fraråde må forbrukerens økonomi som hovedregel bli forverret. Det skal tas utgangspunkt i vurderingen på innvilgelsestidspunktet. Fremtidige endringer i forbrukerens økonomi samt forbrukerens spesielle forhold vil kunne være relevant for vurderingen. Det har skjedd en endring i retning av økt forbrukervern etter finansavtaleloven § 47 sin ikrafttredelse i år 2000. Det foreligger plikt til innhenting av helt sentral informasjon. Informasjonen forbrukeren frembringer kan finansinstitusjonen normalt legge til grunn.

⁸² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side.

6 Virkninger i tilfeller finansinstitusjonen ikke har frarådet kredittavtalen der vilkårene var oppfylt.

6.1 Finansavtaleloven § 47 tredje ledd.

Finansavtaleloven § 47 tredje ledd fastsetter at der det ikke er frarådet i tilfeller vilkårene er oppfylt, «kan forbrukerens forpliktelser lempes for så vidt dette finnes rimelig».

6.1.1 Årsakssammenheng.

Dersom forbrukerens forpliktelser etter kredittavtalen skal kunne lempes er det et krav at det foreligger årsakssammenheng. Med det menes at kunden ikke ville inngått kredittavtalen dersom han hadde blitt frarådet. I forarbeidene fremkommer det: «For at lempning skal kunne skje på grunn av manglende økonomisk evne bør det likevel kreves tilstrekkelig sammenheng mellom institusjonens manglende fraråding og de inntrådte betalingsproblemer».⁸³

At det kreves årsakssammenheng er også bekreftet i Finansklagenemnda Banks praksis. Blant annet har nemnda uttalt: «Det er derfor ikke sannsynliggjort at klagerne, selv om de var blitt frarådet senere låneopptak, hadde unnlatt å øke lånet».⁸⁴

Ved vurderingen av om det foreligger årsakssammenheng, må det vurderes et hypotetisk hendelsesforløp der hvorvidt forbrukeren ville handlet annerledes dersom det hadde blitt gitt fraråding vil være avgjørende. Der forbrukeren uansett ville inngått kredittavtalen er lempning utelukket.

⁸³ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

⁸⁴ FinKN 2011-637.

Finansavtaleloven § 47 tredje ledd er taus i forholdet til hvilken part som har bevisbyrden for om det foreligger årsakssammenheng. Ifølge en Høyesterettsdom i 2007,⁸⁵ har skadelidte bevisbyrden ved tvil om det foreligger erstatningsmessig årsakssammenheng. Dette vil forandre seg dersom denne parten fremlegger bevis, da vil bevisbyrden overføres til motparten. Hovedregelen etter dommen vil være at forbrukeren må bevise at han ville handlet annerledes dersom finansinstitusjonen hadde frarådet han å inngå kredittavtalen.

Det kan imidlertid være problematisk for en forbruker å bevise at han ville handlet annerledes i forbindelse med en boligfinansiering. Forbrukeren har kontaktet finansinstitusjonen med et ønske om å se nærmere på mulighetene for å finansiere fast eiendom. Håndfaste bevis på at forbrukeren ville handlet annerledes kan være vanskelig å frembringe for en forbruker som sjeldent vil ha frarådingsplikten i tankene i et lånemøte.

Robberstad oppsummerer enkelte hensyn som kan tale for at bevisbyrden bør påhvile den ene eller den annen part.⁸⁶ Momentene er hvem som er nærmest til å sikre seg bevis, hvem vil den uriktige avgjørelse gå mest ut over, hvem har opptrådt uforsiktig og hvem kan fristes til å spekulere i et uklart faktum.

Finansinstitusjonen er nærmest til å sikre seg bevis. Det er den som samler inn informasjonen som danner grunnlaget for å vurdere om det skal frarådes. Det er forbrukeren som har mest å tape på at det ikke kan bevises noen årsakssammenheng. Dersom det ikke kan bevises sammenheng går finansinstitusjonen fri. Finansinstitusjonen den som kan fristes til å spekulere i et uklart faktum da manglende bevis for årsakssammenheng vil medføre at den fortsatt vil ha sitt krav mot forbrukeren i behold.

⁸⁵ RT 2007 side 817.

⁸⁶ Robberstad «Sivilprosess» (2009) side 246.

Det er finansinstitusjonen som skal vurdere behovet for å fraråde. Forbrukeren vil som nevnt sjeldent ha frarådingsplikten i tankene og det er tvilsomt i hvilken grad de fleste forbrukere er klar over dens innhold og virkning. Finansinstitusjonen er nærmest til å samle inn og vurdere de bevis som foreligger. Reelle hensyn tilsier at et uklart faktum bør gå ut over den part som har best forutsetninger for å klarlegge forholdet. Hovedregelen bør derfor være at finansinstitusjonen bør ha bevisbyrden for at forbrukeren ikke ville ha handlet annerledes dersom han hadde blitt frarådet.

Ved vurderingen av hvor sterke bevis som kreves for at det må legges til grunn at forbrukeren ikke ville inngått kredittavtalen, vil det kunne være en forskjell på å bli frarådet som følge av utsikter til boligprisfall og å bli frarådet som følge av stor risiko for mislighold. Det er grunn til å anta at forbrukere som i utgangspunktet ikke har noen problemer med å betjene låneforpliktelsen, ikke i samme grad vil vegre seg for å inngå kredittavtalen som følge av et mulig fall i boligprisene. Dette vil spesielt gjelde i tilfeller der forbrukeren har en lang tidshorisont, eksempelvis der en eldre person kjøper en leilighet han eller hun planer å bo i resten av sitt liv. Boligens verdi vil i et slikt tilfelle ikke ha noen stor praktisk betydning for forbrukeren. Noe av det samme vil være tilfelle med en småbarnsfamilie som ønsker å kjøpe seg en bolig de kan oppdra sine barn i. Ved en tidshorisont på ti til tyve år er det tvilsomt om en prognose som spår boligprisfall på kort sikt vil ha noen avgjørende betydning for om de ville inngått kredittavtalen til tross for fraråding.

Det bør derfor normalt kreves noe sterkere holdepunkter for at det foreligger årsakssammenheng ved fraråding på bakgrunn av boligprisfall sammenlignet med andre tilfeller. Det gjelder spesielt der forbrukeren har en lang tidshorisont.

6.1.2 Hvordan kan lempning skje?

Lempningen kan skje etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd så vidt det finnes «rimelig». Forarbeidene uttaler at: «Selve lempningen vil etter mindretallets forslag kunne skje på ulike måter, f.eks. ved at restfordringen reduseres, renten reduseres

eller bortfaller, nedbetalingstiden forlenges, eller ved at flere slike lempninger kombineres».⁸⁷ Bestemmelsen angir dermed en helt skjønnsmessig og helhetlig rimelighetsvurdering.

Formålet med lempningsregelen er å berge skyldnere ut av sine problemer.⁸⁸ I tilfeller der låneobjektet faller mye i verdi, hvordan vil lempning skje?

Der finansinstitusjonen ikke har frarådet som følge av utsikter til boligprisfall, må lempningen skje på bakgrunn av reduksjon i gjelden. Verdien av boligen påvirker ikke nedbetalingstiden. Å lempe renter og endre nedbetalingsplanen vil derfor ikke være en naturlig følge av boligprisfall.

Hvor mye kredittavtalen skal lempes skal vurderes skjønnsmessig. Problemene til forbrukeren vil først og fremst knytte seg til at han har kjøpt et objekt til overpris. Å lempe kredittavtalen slik at den i hvert fall ikke er høyere enn boligens verdi etter fallet, vil være en logisk følge. Dette beror imidlertid på de nærmere omstendighetene.

6.1.3 Partenes klanderverdighet.

Ved rimelighetsvurderingen vil partenes klanderverdighet være et viktig moment i vurderingen av hvor mye forpliktelsen skal lempes. Har forbrukeren bevisst oppgitt gal informasjon vil det utelukke lempning. Tilsvarende vil det være et moment hvor grov overtredelsen av frarådingsplikten var fra finansinstitusjonens side.⁸⁹

⁸⁷ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

⁸⁸ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

⁸⁹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

En forbrukers handlemåte vil kunne være fullt ut aktsom. Det vil sjeldent kunne være tilfelle med en finansinstitusjon, da det at den ikke frarådet i seg selv er et klanderverdig forhold. Hos forbrukeren har man dermed en skala som går fra helt aktsom opptreden til det sterkt klanderverdige. Finansinstitusjonens kritikkverdige forhold vil som utgangspunkt bare ytterligere styrke en klanderverdighet som allerede foreligger.

Forbrukerens klanderverdighet ble vektlagt i en dom i lagmannsretten i 2010⁹⁰ der klager bare ble gitt delvis medhold. Årsaken var at klager kunne bebreides. Klager hadde sagt at hun ville selge boligen før den avdragsfrie perioden utløp, og sagt seg villig til å selge bilen sin om nødvendig. På bakgrunn av dette hadde hun skapt et inntrykk av at hun kunne tåle rentestigninger. Lagmannsretten uttalte: «Etter Lagmannsrettens vurdering kan Sundheim derfor i en viss grad bebreides for det uheldige låneopptaket».

Dersom forbrukeren har vært helt bevisst på at han ikke hadde økonomisk evne til å bære forpliktelsen, vil det være et moment som kan redusere betydning av manglende fraråding.⁹¹ Der forbrukeren eksempelvis har gode kunnskaper om boligmarkedet, kan det bebreides han at han bevisst likevel har inngått kredittavtalen dersom utsiktene til boligprisfall er store. Uttrykker finansinstitusjonen bekymring i forhold til boligprisutviklingen i et lånemøte, vil det kunne være klanderverdig av forbrukeren og likevel inngi seg i en budrunde som ender med bud over takst. På den annen side vil dette også kunne skjerpe finansinstitusjonens klanderverdighet da de ikke har frarådet til tross for at de har vært klar over et mulig boligprisfall.

I rimelighetsvurderingen vil partenens klanderverdighet etter dette kunne være et moment av stor og avgjørende betydning.

⁹⁰ LG-2010-102752 Gulating Lagmannsrett.

⁹¹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

6.1.4 Frarådingens form.

Som omtalt i kapittel 5.5, er det krav til at frarådingen skal være tilstrekkelig klar. Etter forarbeidene kan det lempes der frarådingen er gitt på en for vag måte.⁹² Forpliktelsen vil derfor kunne lempes selv om finansinstitusjonen har frarådet.

Skal finansinstitusjonens fraråding ha noen reell betydning, må den etter dette være utformet slik at forbrukeren kan forstå at han løper en betydelig risiko ved å inngå forpliktelsen. Hvor streng utformingen må være vil avhenge av forholdene. Forbrukere kan oppfatte et slikt budskap ulikt og årsakene til hvorfor det frarådes vil variere. Institusjonen bør derfor til en viss grad tilpasse måten frarådingen blir gitt på og også tilpasse begrunnelsen for hvorfor den fraråder til ulike situasjoner. Et standard skjema kan fort bli mangelfullt.

Der forbrukeren har mindre innsikt i hvordan kredittavtaler og lignende fungerer, bør finansinstitusjonen tilpasse frarådingen slik at den med en rimelig grad av sikkerhet kan være trygg på at forbrukeren forstår det han signerer. I tilfeller der forbrukeren opplagt ikke har fått en klar nok fraråding vil forpliktelsen kunne lempes fullt ut. Der frarådingen burde vært bedre vil det ha innvirkning på finansinstitusjonens klanderverdighet og kan skjerpe lempningen til fordel for forbrukeren.

6.3 I hvilke tilfeller vil finansinstitusjonene komme i ansvar for manglende fraråding ved fall i boligprisene?

Hvorvidt boligprisfall representerer et forhold som vil kunne føre til at forbrukerens forpliktelser kan lempes, beror på en helhetsvurdering. Som påpekt i kapittel 5.2.1, må boligprisfallet være av en ekstraordinær karakter for at finansinstitusjonen skal

⁹² NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

kunne havne i ansvar. Der det forekommer et slikt fall i markedet vil en rekke momenter måtte vurderes i forhold til om forbrukerens forpliktelser kan lempes.

6.3.1 Forbrukerens egne forhold.

Forbrukerens egne forhold vil måtte tillegges vekt i denne vurderingen, eksempelvis i tilfeller der en forbruker flytter til en liten bygd med få arbeidsplasser og stor risiko for fraflytting. Dersom det blir et stort fall i prisene på fast eiendom vil bygda kunne rammes ekstra hardt. Forbrukeren vil da måtte realisere på et ugunstig tidspunkt og kan risikere å sitte igjen med en stor restgjeld. Der forbrukerens økonomi er presset og han vil få store problemer dersom han må selge boligen ved et eventuelt tvangssalg, vil det kunne være forhold som kan medføre lemping der finansinstitusjonen ikke har frarådet.

6.3.2 Forhold på finansinstitusjonens side.

Et særlig spørsmål er hvorvidt finansinstitusjonens egne uttalelser vil skjerpe frarådingsplikten. Ifølge forarbeidene er det et krav at de fremtidige endringene må være kjente og sannsynlige.⁹³ Dersom finansinstitusjonens egne prognoser tilsier at verdien av fast eiendom vil falle markant, må finansinstitusjonen være klar over dette forholdet og anse det sannsynlig.

En finansinstitusjon vil kunne selge investeringsprodukter og ha en markedsavdeling. Dens egne analyser av fremtidig avkastning og lignende prognoser vil da være viktige som salgsargumenter. Der denne avdelingen tror boligprisene vil falle, vil det påvirke hvilke investeringsvalg finansinstitusjonen anbefaler til forbrukere. Dersom finansinstitusjonen råder en kundegruppe til ikke å investere i boliger, kan det være kritikkverdig at den ikke samtidig fraråder en annen kundegruppe å låne

⁹³ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-56.

til de samme investeringene. Reelle hensyn taler for at der institusjonen ikke har frarådet i et slikt tilfelle, så bør dette forholdet anses klanderverdig etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd.

6.3.3 Egenkapitalkrav.

Som påpekt i kapittel 5.2.2 er det et krav at boligen er belånt betydelig for at finansinstitusjonen kan havne i ansvar som følge av boligprisfall.

Ifølge Finanstilsynets retningslinjer skal ikke finansinstitusjonene yte lån der belåningsgraden er på over 85 %⁹⁴. Dette er en innstramming fra rundskrivet i 2010 med 5%.⁹⁵ Unntak kan foretas med blant annet tilstrekkelig sidesikkerhet etter begge rundskrivenes punkt fire.

Finanstilsynet legger dermed opp til at forbrukere må ha 15% egenkapital eller sidesikkerhet for å få boliglån. Ved at institusjonen følger disse retningslinjene vil det vanskelig tenkes tilfeller der forbrukeren bør frarådes på bakgrunn av fall i boligprisene.

I andre tilfeller vil det bero på en konkret vurdering i hvor stor grad krav til egenkapital vil senke terskelen for at finansinstitusjonen var pålagt plikt til å fraråde kredittavtalen.

⁹⁴ 29/2011. Finanstilsynet: Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål punkt tre.

⁹⁵ 11/2010. Finanstilsynet: Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål punkt tre.

6.4 Konklusjon.

Forbrukere vil kunne vinne frem med et krav om lempning som følge av manglende fraråding der fallet i verdiene på fast eiendom er betydelig. Betingelsene om at finansinstitusjonen må anta at forbrukeren alvorlig bør overveie å inngå kredittavtalen er imidlertid strenge i slike tilfeller. Forbrukeren må være i en ekstra utsatt posisjon, det må være en høy belåningsgrad og boligprisene må falle betydelig. I tillegg er kravet til årsakssammenheng strengere i tilfeller med fall i boligprisene enn i forhold til fraråding ellers. Selv om vilkårene for at finansinstitusjonene skal fraråde er til stedet, vil forpliktelsen bare unntaksvis kunne lempes.

6.5 Virkningen av påberopt brudd på frarådingsplikt ved tvangssalg.

Ved boligfinansiering er det vanlig at finansinstitusjonen har avtalepant i eiendommen som sikkerhet for sitt krav. Dette er et særlig tvangsgrunnlag, jf. tvangsfullbyrdesloven⁹⁶ § 4-1 femte ledd. Den som har avtalepant i fast eiendom, jf. panteloven⁹⁷ § 2-1, har tvangsgrunnlag og kan etter tvangsfullbyrdesloven § 10-1 første ledd begjære tvangssalg, jf. tvangsfullbyrdesloven § 11-1 første ledd annen setning. Vilårene er etter tvangsfullbyrdesloven § 10-1 første ledd at det foreligger tvangskraftig tvangsgrunnlag. Dersom kredittavtalen blir misligholdt foreligger det tvangskraft. Det må videre fremsettes begjæring om fullbyrdelse, jf. tvangsfullbyrdesloven § 5-2.

Dersom en forbruker har havnet i mislighold og finansinstitusjonen ønsker å benytte tvangssalg for å inndrive sine penger, vil forbrukeren i slike tilfeller kunne kom-

⁹⁶ Lov av 26. juni 1992 nr 86 om tvangsfullbyrdelse.

⁹⁷ Lov om pant av 08. februar 1980 nr 2.

me med innsigelser som avverger eller utsetter tvangssalget i medhold av finansavtaleloven § 47?

Etter tvangsfullbyrdsloven § 5-11 første ledd annet punktum, kan namsmannen beslutte at tvangssalget utsettes dersom saksøkte har reist søksmål om kravet. Bestemmelsen gir ikke klart svar på hvilke momenter namsmannen i tilfelle skal vektlegge ved sin beslutning. Ordlyden fremholder at det skal være reist søksmål «om kravet». Det må dermed foreligge en viss nærhet og sammenheng mellom det forbrukeren reiser søksmål om og tvangsgrunnlaget. Det er videre et krav at saksøkte har reist søksmål.

I en kjennelse fra 1996⁹⁸ kom Høyesteretts kjeremålsutvalg til at vurderingen beror på en konkret interesseavveining. Etter forarbeidene skal det ikke gis utsettelse der saksøker anlegger søksmål kun for å trenere tvangsfullbyrdsingen.⁹⁹

Kravet fra finansinstitusjonen er en konsekvens av en misligholdt kredittavtale. Lempningsregelen i finansavtaleloven § 47 er en særlig regel som skal reparere et forhold der finansinstitusjonen har opptrådt i strid en lovpålagt plikt. Virkningssiden er ulik. Ved lempning vil forpliktelsen enten bortfalle eller bli skjønnsmessig endret. Ved tvangssalg blir pant realisert til dekning av misligholdt betalingsforpliktelse. Begge deler er imidlertid knyttet opp mot kredittavtalen. Jeg anser derfor et søksmål om krav om lempning til å være tilstrekkelig nært tvangssalget.

Spørsmålet blir dernest om interesseavveiningen kan danne grunnlag for utsettelse.

⁹⁸ RT 1996 side 606.

⁹⁹ Ot.prp. nr 65 (1990-1991) side 130.

Dersom fast eiendom selges på tvangssalg vil man normalt oppnå en lavere pris enn om den hadde vært solgt på vanlig måte. Dette har blant annet sammenheng med at en kjøper har begrensede reklamasjonsrettigheter i og med at tvangssalg ikke er omfattet av avhendingsloven,¹⁰⁰ jf. § 1 første ledd «frivillig sal». Det er kun reglene om reklamasjon i tvangfullbyrdelsesloven § 11-39 som kan påberopes. Videre vil et eventuelt bud måtte bli stående i seks uker. I praksis avskårer det budgiver fra å gi andre bud i denne perioden. Man vil da kunne gå glipp av andre muligheter. Det er heller ikke utenkelig at enkelte finner det ubehagelig å kjøpe en eiendom der naboer og de som bor i nærheten vet at man kjøper billig som følge av tidligere eiers mislighold.

En stansing av tvangssalg vil dermed kunne ha stor betydning økonomisk betydning for forbrukeren. Dersom han vinner frem med kravet om lempning, vil avdragsprofilen kunne bli overkommelig og han vil han kunne bli boende i boligen. Dersom forpliktelsene blir lempet slik at han så vidt kan betjene de, men likevel ønsker å selge, vil han kunne gjøre det på vanlig måte til en bedre pris. Han kan dermed ende opp i en situasjon der han vil måtte realisere boligen til en dårlig pris samtidig som han senere vinner frem med et krav om lempning.

Formålet med frarådingsplikten er blant annet å berge skyldneren ut av sine problemer.¹⁰¹ Ved at lånet lempes slik at det gjenstår et restbeløp, vil forbrukeren kunne havne i en situasjon der han vil måtte leie og betale gammel gjeld. Hadde han kunnet fortsette å bo i sin faste eiendom etter en lempning som gjorde forpliktelsene overkommelige, kunne det totalt sett bli billigere for han. Dette kan imidlertid avhjelpes ved at domstolen tar høyde for denne ekstra kostnaden i den skjønnsmessige vurderingen etter lempningsregelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd, og setter ned forpliktelsen tilsvarende.

¹⁰⁰ Lov av 3. juli 1992 nr 93 om avhending av fast eignedom.

¹⁰¹ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag.

For finansinstitusjonen vil imidlertid en slik utsettelse kunne være problematisk. Dersom finansinstitusjonen har mange misligholdte lån som den ikke får realisert, vil det kunne føre til store økonomiske problemer. Finansinstitusjonen har tatt sikkerhet i form av pant nettopp for å unngå å havne i en slik situasjon. Denne sikkerheten kommer forbrukeren til gode i form av lavere renter og bedre betingelser. En finansiering av bolig uten sikkerhet ville gitt vesentlig dårligere vilkår.

Det er heller ikke gitt at boligen vil oppnå en vesentlig lavere pris. Et tvangssalg kan gi samme pris som ved vanlig salg. Finansinstitusjonen har sørget for betryggende pant som forutsetning for å gi lånet til forbrukeren. Selv om finansinstitusjonen har gjort dette først og fremst i egen interesse, er det viktig for forbrukere at de kan oppta lån for å realisere et ønske om å kjøpe fast eiendom. Dersom finansinstitusjonene skulle risikere konkurs eller tap som følge av omfattende betalingsmislighold, vil det kunne føre til en mer restriktiv utlånspolitikk som vil ramme forbrukere.

Det er videre ikke gitt at forbrukerne hadde vunnet frem med sitt krav. Tvert imot er det ikke uvanlig at boliglån misligholdes selv der forbrukeren har tilstrekkelig god økonomi til å bære forpliktelsen. Og der senere inntrådte problemer gjør at lånet misligholdes, er det ikke uten videre gitt at finansinstitusjonen burde frarådet på lånetidspunktet.

Situasjonen kunne dermed blitt at finansinstitusjonene ville fått store økonomiske problemer som følge av at mange forbrukere påberopte seg brudd på finansavtaleloven § 47. I denne gruppen av forbrukere vil kun en liten del ha et godt grunnlag for sitt krav. Interessen i at finansinstitusjonen skal få realisert sitt pantekrav må etter dette anses som større enn forbrukerens interesse i utsettelse.

Påberopt brudd på frarådingsplikten vil ikke danne grunnlag for utsettelse av et eventuelt tvangssalg.

6.6 Kan uteblitt fraråding føre til erstatning ut over lempningsregelen?

Etter forarbeidene er formålet med lempningsregelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd at skyldneren skal berges ut av sine problemer.¹⁰² Regelen i tredje ledd gjør at gjeldsforpliktelsen kan lempes og kan således reparere forbrukerens økonomi. Det kan imidlertid også oppstå andre utgifter som bestemmelsen ikke dekker. Ved boliglån vil man kunne ha utgifter og omkostninger tilknyttet en ervervelse av en ny bolig, eksempelvis dokumentavgifter, innkjøp av innbo og lignende utgifter. I tillegg kan forbrukeren tenkes å selge verdier med tap for å forsøke å dekke den løpende forpliktelsen. Ved mislighold og tvangssalg av boligen vil man dermed kunne sitte igjen med en betydelig kostnad til tross for at lempningen skjer fullt ut.

Der forbrukeren ikke får disse utgiftene dekket er han ikke berget fullt ut av sine problemer. Formålet vil dermed ikke være ivaretatt. Er det mulig å reparere dette forholdet gjennom et krav om erstatning?

6.6.1 Erstatning i kontraktsforhold.

Erstatning i kontraktsforhold har likhetstrekk til det alminnelige deliktsansvaret. For det første må det foreligge et ansvarsgrunnlag, den inntrådte skaden må være erstatningsmessig og det er krav om adekvat årsakssammenheng.¹⁰³

Ved en erstatningssak vil forbrukeren kunne påberope seg de ekstra utgifter han har hatt i forbindelse med låneopptaket. Vilkåret om at det må foreligge økonomisk tap er dermed oppfylt. Spørsmålet blir om banken har utvist uaktsomhet og om det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom bankens handling og forbrukerens omkostninger.

¹⁰² NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

¹⁰³ Hagstrøm «obligasjonsrett» 5. opplag 2009 side 450.

6.6.2 Ansvarsgrunnlag.

Ansvarsgrunnlaget i erstatningsretten skiller seg fra ansvarsgrunnlaget i finansavtaleloven § 47. Etter bestemmelsen er det tilstrekkelig at forbrukeren alvorlig bør overveie ikke å inngå kontrakten, jf. første ledd. Klanderverdighet vil kunne komme inn i rimelighetsvurderingen etter tredje ledd, men vilkåret for at institusjonen blir pålagt plikt til å fraråde er rent objektivt. Culpa forutsetter uaktsom adferd. Normen for erstatning må derfor anses strengere enn det objektive ansvaret etter finansavtaleloven § 47.

I kontraktsforhold er det tilstrekkelig med simpel uaktsomhet. Det gjelder spesielt der det er profesjonelle aktører i møte med forbrukere. I en sak i Høyesterett fra 2000¹⁰⁴ ble det uttalt at aktsomheten til banken «må ta sitt utgangspunkt i at norsk rett bygger på et strengt, ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere». I saken hadde en bank gitt råd til en forbruker om investeringer. Dommen har verdi som norm i forhold til hvor streng aktsomhetsplikten er for profesjonelle aktører.

Det kan vanskelig tenkes tilfeller der en finansinstitusjon ikke har opptrådt simpelt uaktsomt i tilfeller den ikke har frarådet et låneopptak. Selv om ansvaret er objektivt, vil det å gi lån i tilfeller en forbruker som alvorlig bør overveie ikke å inngå kredittavtalen normalt måtte anses simpelt uaktsomt.

For en forbruker er boligkjøp i mange tilfeller den største investeringen som foretas i løpet av livet. Gjeldsforpliktelsen kan vare i flere tiår. Det er en avtale som både er av stor økonomisk betydning og som strekker seg over lang tid. Som den profesjonelle part bør finansinstitusjonen anses å ha mer innsikt i et boligmarked enn den vanlige forbruker.

¹⁰⁴ RT 2000 side 679.

Det er imidlertid ikke mulig å investere i en bolig uten å ta risiko. Skal finansinstitusjonen anses å ha opptrådt uaktsom må det derfor kreves at forhold på forbrukers side gjør denne ekstra utsatt for svingninger i markedet.

I et tilfelle der det er sannsynlig at boligprisene vil kunne falle dramatisk og forbrukeren er ekstra utsatt, kan det anses uaktsomt av institusjonen å inngå kredittavtalen uten å fraråde den annen part.

6.6.3 Adekvat årsakssammenheng.

Dersom et økonomisk tap skal erstattes er det videre krav om at årsakssammenhengen er adekvat. Høyesterett har uttalt at tapet må «stå i en rimelig nær sammenheng med misligholdet; tapet må ikke være for fjernt, avledet eller upåregnelig». ¹⁰⁵

For at det skal foreligge årsakssammenheng må det ha vært påregnelig at boligprisene ville falle raskt. Det kan ikke oppstilles et generelt krav til finansinstitusjonene at de alltid må regne med drastiske boligprisfall. Et helt plutselig og uventet kraftig fall kan finansinstitusjonen vanskelig forutse.

I tillegg til at boligprisfallet må ha vært påregnelig er det også begrensninger i forhold til hvilke utgifter forbrukeren kan få erstattet. Utgifter i forbindelse med lånesøknaden vil normalt måtte anses å være for avledet. Eksempler på slike kan være transportutgifter, utgifter til fremleggelse av dokumentasjon og lignende. Dette er utgifter forbrukeren uansett vil ha i forbindelse med en boligfinansiering. Det er dermed ikke adekvat årsakssammenheng mellom tapet og misligholdet, og selv der banken har bedt om dokumenter må den anses å være for avledet. Ingen av partene vil normalt på forhånd vite om lånesøknaden blir innvilget.

¹⁰⁵ RT 1983 side 205.

Hvilke utgifter forbrukeren kan kreve erstattet etter kontraktsinngåelsen, vil bero på en konkret vurdering. Direkte utgifter som alltid eller ofte vil medfølge boligfinansiering må normalt ikke anses avledet, eksempelvis dokumentavgift, tinglysningsgebyrer og annet. Andre utgifter som innkjøp av maling, verktøy og annet vil normalt havne utenfor.

6.6.4 Låntakers klanderverdighet.

På samme måte som ved lempningsregelen etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd, bør erstatning være utelukket dersom låntaker bevisst har gitt uriktig informasjon.¹⁰⁶ I slike tilfeller kan institusjonen vanskelig anses å ha opptrådt uaktsomt.

Det er alltid risiko i forbindelse med kjøp av bolig. Denne risikoen må anses å være kjent. Dersom forbrukeren er klar over at det er ekstra stor risiko på tidspunktet for boligkjøpet, vil det være forhold som kan utelukke erstatning.

6.6.5 Utvidende tolkning?

Det bør utvises forsiktighet med å tolke bestemmelser som er tydelig angitt utvidende. Lempningsregelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd er godt beskrevet av Banklovkommisjonens mindretall.¹⁰⁷ Erstatning til forbrukere som følge av manglende fraråding bør derfor kun være aktuelt i de grovere tilfeller.

6.6.6 Konklusjon.

Erstatning for manglende fraråding er ikke utenkelig der finansinstitusjonen har opptrådt uaktsomt og de utgifter som er pådratt er adekvate samt at forbrukeren ikke kan bebreides. Normalt må imidlertid finansavtaleloven § 47 tredje ledd anses

¹⁰⁶ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 55-56.

¹⁰⁷ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 56.

tilstrekkelig for å reparere konsekvensen av den manglende frarådingen fra finansinstitusjonens side.

7 Avsluttende kommentarer.

Jeg vil i dette kapittelet gi en beskrivelse av om frarådingsplikten fungerer godt i praksis og om den oppfyller de formål den er ment å oppfylle. I tillegg vil jeg se om det er andre bestemmelser eller virkemidler som kan være mer hensiktsmessige.

7.1 Hvordan frarådingsplikten fungerer i praksis - er den en ansvarsfraskrivelse?

Det er tvilsomt om frarådingsplikten i finansavtaleloven § 47 sin praktiske side tref-fer godt for å ivareta dens formål, spesielt ved kredittavtaler til boligfinansiering. En forbruker som sitter i et lånemøte med en finansinstitusjon og nylig har fått innvilget boliglån, vil kunne ha problemer med å forstå seriøsiteten i finansinstitusjonens fraråding. En situasjon der forbrukeren først finnes kredittverdig og deretter frarå-des kredittavtalen er en form for dobbeltkommunikasjon. Et av hensynene bak be-stemmelsen er at låntakere skal være klar over den risikoen de løper ved å inngå forpliktelsen.¹⁰⁸ I dette ligger et krav om at forbrukeren i tilfeller det frarådes skal forstå hvilke konsekvenser kredittavtalen kan gi han. Det kan tenkes at forbrukeren vil finne en slik kommunikasjon mer forvirrende enn oppklarende. Ved at forbruke-ren gis såpass motstridende informasjon kan det stilles spørsmålstegn ved om han egentlig er klar over den betydelige risikoen tilknyttet kredittavtalen.

¹⁰⁸ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54.

Den reelle effekten av frarådingsplikten er uklar. Frarådingsplikten kan være et egnet virkemiddel til å hindre useriøse aktører i å gi kreditt. Det kan imidlertid også hevdes at ansvarlige finansinstitusjoner ikke vil låne ut penger til forbrukere som ikke kan betjene gjelden uavhengig av frarådingsplikten, samtidig som mindre ansvarlige finansinstitusjoner ikke nødvendigvis vil ha problemer med å gi kreditt sammen med en fraråding.

I tilfeller finansinstitusjonen fraråder vil den være fri for ansvar i medhold av bestemmelsen. Lempning etter avtaleloven § 36 skal som påpekt i kapittel 4.2 mye til. Forbrukeren har dermed begrenset med muligheter i tilfeller finansinstitusjonen har frarådet.

Dersom finansinstitusjoner i stor skala fraråder kredittavtaler for alle forbrukere som kan tenkes å ha gode grunner til å påberope seg bestemmelsen, vil alle som likevel inngår kredittavtalen være nesten uten muligheter for å få vilkårene endret i etterkant. Slik sett kan frarådingsplikten fungere som en ansvarsfraskrivelse fra finansinstitusjonene.

Som påpekt i kapittel 5.5. er det visse krav til hvordan frarådingsplikten skal utformes. Utilstrekkelig fraråding kan, som påpekt i kapittel 6.1.4, repareres gjennom lemningsregelen i finansavtaleloven § 47 tredje ledd. Til tross for at frarådingsplikten kan anses som en ansvarsfraskrivelse, er det grunn til å tro at der den er gitt på en tilstrekkelig klar og god måte så er forbrukeren tilstrekkelig informert om konsekvensene. Reelle hensyn tilsier at der finansinstitusjonen har frarådet på en god nok måte så bør risikoen for kredittavtalen påhvile forbrukeren. Det er dermed ikke nødvendigvis problematisk at finansinstitusjonen fraskriver seg ansvaret ved å fraråde kredittavtalen ut fra en rimelighetsbetraktning.

7.2 Oppfyller finansavtaleloven § 47 alle sine formål?

I innstillingen fra Justisdepartementet uttales det at «Forslaget om en frarådingsplikt fremstår som et egnet virkemiddel for å tvinge institusjonen til å være mer restriktive».¹⁰⁹ De mente at en plikt til å fraråde ville medføre at finansinstitusjonene tenker seg om og avstår fra å gi kreditt i en del tilfeller. Det var også enighet i Banklovkommisjonen om at finansinstitusjoner ikke burde yte lån til forbrukere som ikke har økonomisk evne til å bære disse kredittavtalene.¹¹⁰ Uttalelsene tilsier et ønske om å unngå en for liberal utlånspolitikk, samt at finansinstitusjoner generelt ikke bør gi lån til forbrukere med mindre tilfredsstillende økonomi.

Ifølge Finanstilsynets rapport "Finansielt utsyn" for 2013, er gjeldsgraden blant norske husholdninger rekordhøy, og gjeldsgraden vokser raskere enn inntektene.¹¹¹ Siden finansavtaleloven trådte i kraft, har gjeldsbyrden i Norge økt kraftig. I 1999 var gjelden målt i kroner gjennomsnittlig litt høyere enn inntekten. I dag er gjelden gjennomsnittlig nesten det dobbelte av inntekten. Økningen i gjeldsbyrden var stor frem til finanskrisen i 2008. I forbindelse med finanskrisen flatet den ut, men har tatt seg opp igjen i løpet av 2011. Tendensen peker ifølge rapporten mot at gjelden skal øke ytterligere fremover.¹¹²

Det er ikke mulig å slutte fra økningen til å si at utlånspolitikken i dag er uforsvarlig og at boligprisene er for høye. Å fastslå at finansinstitusjonene har fått en for liberal utlånspolitikk på bakgrunn av at gjelden har økt, er ikke en holdbar påstand. For å vurdere hvorvidt de lån forbrukere får er forsvarlige må det ses på lånesøknaden som helhet. Det er imidlertid rimelig å anslå at når gjelden er såpass høy så kan

¹⁰⁹ Ot.prp. nr 41 (1998-1999) Om lov om finansoppdrag og finansavtaler side 58

¹¹⁰ NOU 1994: 19 Finansavtaler og finansoppdrag side 53.

¹¹¹ Finanstilsynets rapport "Finansielt utsyn 2013" side 54.

¹¹² Finanstilsynets rapport "Finansielt utsyn 2013" figur III.1 side 55.

norske husholdninger få problemer dersom norsk økonomi skulle bli svekket. Der-
som formålet bak finansavtaleloven § 47 blant annet var å dempe utlånsveksten,
er det rimelig å si at den ikke har fungert optimalt.

7.3 Forhold som kan gjøre frarådingsplikten mer effektiv.

7.3.1 Offentlig gjeldsregister.

I 2013 ble det fremmet forslag om å opprette et offentlig gjeldsregister for registre-
ring av gjeld til privatpersoner.¹¹³ Bakgrunnen for forslaget er blant annet er å fore-
bygge gjeldsproblemer blant enkeltpersoner.¹¹⁴

I innstillingen fra departementet er dette momentet gjort rede for. Departementet
sier at i enkelte tilfeller vil disse opplysningene kunne være ufullstendige eller ukor-
rekte og det er vanskelig for kredittyter å kontrollere opplysningene.

Finansinstitusjonen skal ta hensyn til forbrukerens totale gjeld og skal innhente
denne informasjonen. Gjeldsregisteret ved kredittsøknader til boliglån vil derfor kun
ramme de som oppgir uriktig informasjon. Dens funksjon som virkemiddel til å
unngå at forbrukere får gjeldsproblemer vil derfor være begrenset. Forbrukere som
oppgir gal informasjon om sin gjeld kan også oppgi gal informasjon om andre for-
hold. Det foreligger ikke et offentlig register til alle de momenter en finansinstitu-
sjon bør vektlegge ved en kredittsøknad. Det er tvilsomt om et gjeldsregister er et
egnet virkemiddel for å motvirke en utlånsvekst blant forbrukere. At det kan ha en
viss preventiv effekt overfor seriøse aktører som vil gi avslag der de ser at forbru-
keren har mye gjeld er ikke utenkelig. Dersom det ikke følger krav til at finansinsti-

¹¹³ Prop. 195 L (2012-2013).

¹¹⁴ Prop. 195 L (2012-2013) kapittel to.

tusjonene må vektlegge denne gjelden og i hvilken grad, kan det diskuteres om den vil ha noen stor reell effekt.

7.3.2 Bør det være klarere krav til frarådingens utforming?

I tilfeller der finansinstitusjonen ser det i sin interesse å gi lån, og lovgiver har gått langt i å forsikre seg om at det blir frarådet, er det noe overraskende at lovteksten er taus i forhold til hvordan den nærmere utformingen av frarådingen skal være. Det er omfattende krav i forhold til hva kredittavtalen skal inneholde og hvordan den skal utformes, jf. blant annet finansavtaleloven § 46, § 46a og § 48.

For en forbruker er det positivt at en uklar fraråding kan repareres av lempning etter finansavtaleloven § 47 tredje ledd. Imidlertid vil forbrukeren dersom det ikke frarådes tilstrekkelig klart og han dermed ikke får noen reell mulighet til å unngå det uheldige låneopptaket, også kunne ha problemer av ikke-økonomisk art. Eksempelvis flytting, tidsbruk og generelt ubehag ved den usikkerheten en gjelds-tyngnet økonomi kan medbringe. Et klarere krav til utformingen av frarådingen kunne unngått at forbrukeren ble satt i en slik stilling.

Også av hensyn til finansinstitusjonen kunne formkrav til fraråding vært en fordel. Når det gis fraråding havner finansinstitusjonen i en noe uvanlig rolle. Den ønsker å inngå en kredittavtale med en forbruker men av hensyn til forbrukeren må den fraråde denne avtalen. I det ene øyeblikket sier finansinstitusjonen til forbrukeren at den anser forbrukeren kredittverdig og ønsker å inngå en kredittavtale. Samtidig må finansinstitusjonen muntlig og skriftlig fraråde forbrukeren de nettopp innvilget lån å gjennomføre kredittavtalen av hensyn til seg selv.

Det kan være problematisk for finansinstitusjonene å informere to budskap med så forskjellig innhold overfor forbrukeren. En slik dobbeltkommunikasjon kan fort bli forvirrende for en forbruker som ofte kan ha en sterk egeninteresse i å oppta kre-

ditten. Forbrukeren ønsker seg inn på boligmarkedet og finansiering fra finansinstitusjonen vil ofte være en forutsetning for å realisere dette ønsket

Et lovfestet krav til frarådingens utforming ville derfor vært til fordel for både forbrukeren og finansinstitusjonen.

7.4 Er andre virkemidler mer egnet?

Ved at frarådingsplikten er til som en følge av blant annet å unngå at forbrukere får lån de ikke makter å betjene, å unngå at bankene blir for liberale i sin utlånspraksis – kan det stilles spørsmålsteget ved om det ikke hadde vært mer hensiktsmessig med en bestemmelse om å nedfelle forbud mot å inngå avtaler av denne art. Som tidligere påpekt har finansinstitusjonen en plikt til å kredittvurdere forbrukeren etter finansavtaleloven § 46b. Bestemmelsen ble til som følge av et EU direktiv.¹¹⁵ Den innebærer ikke et forbud, men er et skritt i retning av å lovregulere finansinstitusjonenes praksis ved kredittavtaler.

7.4.1 Forslag fra EU-kommisjonen.

EU-kommisjonen har fremmet forslag som har som formål å skape et indre marked for kreditt, bedre tilliten til det finansielle markedet i Europa og gjøre en innsats mot uansvarlig lånegiving og lånetaking.¹¹⁶ Sistnevnte vil særlig ha relevans i forhold til bankenes frarådingsplikt.

Etter kapittel fem, artikkel fjorten i forslaget, skal kredittgiver foreta en grundig kredittvurdering av forbrukerens kredittverdighet. I denne vurderingen skal det tas

¹¹⁵ Prop. 65 L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv. side 218.

¹¹⁶ COM(2011)142. I innledningen: «1. Baggrund for forslaget».

hensyn til blant annet forbrukerens inntekt, sparing, gjeld og andre finansielle forpliktelser. Kredittgiver skal ha gode rutiner for å sikre at forbrukerens kredittverdighet blir vurdert og disse skal følges opp. Dersom konklusjonen på bakgrunn av denne vurderingen blir at forbrukeren ikke klarer å betjene forpliktelsen i løpet av kredittperioden, skal kredittyter avslå søknaden.

Forslaget er dermed annerledes enn frarådingsplikten. Frarådingsplikten innebærer ikke et forbud mot å yte kreditt.¹¹⁷ Forslaget fra EU-kommisjonen går lenger. Dersom utformingen av et eventuelt nytt regelverk blir at finansinstitusjonene må avslå kredittsøknader der vurderingsmomentene og terskelen er den samme som når den plikter å fraråde låneopptaket, vil frarådingsplikten bli overflødig. En finansinstitusjon kan ikke fraråde et lån den ikke kan innvilge.

Blir forslaget vedtatt slik det fremgår, er det dermed mye som kan tilsi at frarådingsplikten vil miste sin relevans. Dersom plikten fortsatt skal ha betydning kan ikke vurderingsmomentene og terskelen være fullt ut sammenfallende.

¹¹⁷ NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag side 54-56.

8 Kildehenvisninger.

Bøker:

Hagstrøm, Viggo *Obligasjonsrett* Universitetsforlaget 2003. 5. opplag 2009.

Robberstad, Anne *Sivilprosess* Bergen 2009.

Lover:

- | | |
|------|---|
| 1999 | Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46. |
| 1956 | Lov om tilsyn med finansinstitusjoner (finanstilsynsloven) av 7. desember 1956 nr. 1. |
| 1918 | Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4. |
| 2009 | Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven) av 9. januar 2009 nr 2. |
| 1969 | Lov om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) av 13. juni 1969 nr 26. |
| 2007 | Lov om eiendomsmegling (eiendomsmeglingsloven) av 29. juni 2007 nr. 73. |
| 2010 | Lov av 7. mai 2010 nr 15. |
| 1992 | Lov om tvangsfullbyrdelse (tvangsfullbyrdelsesloven) av 26. juni 1992 nr. 86. |
| 1980 | Lov om pant (panteloven) av 8. februar 1980 nr 2 |
| 1992 | Lov om avhending av fast eiendom (avhendingsloven) av 3. juli 1992 nr. 93. |

Forarbeider:

NOU 1994:19:

Finansavtaler og finansoppdrag.

Ot. Prp. Nr. 41 (1998-1999):

Innstilling fra justisdepartementet om lov om finansavtaler og finansoppdrag. (Finansavtaleloven).

Innst. O. nr. 84 (1998-1999):

Innstilling fra justiskomiteen om lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

Prop.188 L (2012-2013):

Endringer i finansieringsvirksomhetsloven og eiendomsmeglingsloven mv. (klagenemndbehandling, oppgjør av eiendomshandler mv.).

Prop. 65 L (2009-2010):

Endringer i finansavtaleloven mv. (gjennomføring av direktiv 2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.).

Ot.prp. nr 65 (1990-1991):

Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven).

Prop. 195 L (2012-2013):

Endringer i tinglysingsloven mv. (registrering av gjeld).

NOU 2006:1:

Eiendomsmegling.

EU-direktiver og forordninger:

Rdir 93/13/EØF

Council Directive of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts.

Rdir. 08/48/EF

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2008/48/EF av 28. april 2008 om forbrukerkredittavtaler og opphevelse av rådsdirektiv 87/102/EØF (Forbrukerkredittdirektivet)

COM(2011) 142.

Commission adoption of a proposal for a Directive on credit agreements relating to residential property 31.03.2011.

Internasjonale rettskilder:

UNIDROIT:

Principles of International Commercial Contracts
2010.

Rettspraksis:

RT 1986 side 1386.

RT 1988 side 1078.

RT 1959 side 1048.

RT 2003 side 1252.

RT 1990 side 284.

RT 1988 side 284.

RT 2013 side 388.

RT 2007 side 817.

RT 1996 side 606.

RT 2000 side 679.

RT 1983 side 205

LF-2011-140182 Frostating lagmannsrett.

LE-2013-054606 Eidsivating lagmannsrett.

LB-2010-176553 Borgarting lagmannsrett.

LG-2010-102752 Gulating lagmannsrett.

RG 2008 side 1508 Borgarting.

RG 2011 side 528 Borgarting.

RG 2009 side 1134. Borgarting

Finansklagenemnda Bank og Bankklagenemnda:

BKN 2010-114.

BKN 2009-041.

BKN 2009-001.

FinKN Bank 2011-386.

FinKN Bank 2011-637.

Rapporter:

- Finanstilsynet *Strategi* 2010-2014.
http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Om_tilsynet/Strategi_2010-2014.pdf [sitert 18.11.2013]
- Finanstilsynet *Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål* 29/2011.
http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Rundskriv_vedlegg/2011/4_kvartal/Rundskriv_29_2011.pdf [sitert 18.11.2013]
- Finanstilsynet *retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål* 11/2010.
http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Rundskriv_vedlegg/2010/1_kvartal/Rundskriv_11_2010.pdf [sitert 18.11.2013]
- Finanstilsynet *Finansielt utsyn 2013*.
http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Rapport/2013/Finansielt_utsyn_2013.pdf [sitert 18.11.2013]

Nettsider:

- Finansklagenemnda Bank <http://www.finansklagenemnda.no/dllvis5.asp?id=1706>
[sitert 18.11.2013]